

Q. D. B. V.

DISSERTATIONEM INAUGURALEM,

D E

14.

AVCTORITATE IVDICIS

IN

VARIIS ACTIBVS PRIVATIS
ADHIBENDA,

DIVINO FRETUS AVXILIO,

EX AVCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

ALB. VOGET,

S. S. THEOL. DOCT. ET PROFESS. ORDINARIJ,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATVS ACADEMICI

CONSENSV,

ET NOBILISSIMAE FACULTATIS IURIDICAE

DECRETO,

PRO RITE CAPESSENDIS ET LEGITIME
CONSEQVENDIS SVMMIS IN VTROQUE IVRE
HONORIBVS AC PRIVILEGIIS

IN ILLVSTRI VLTRAIECTINA ACADEMIA

AD DIEM VI. DECEMBRIS CIOIOCCXXXVII.

H. L. Q. C.

VENTILANDAM PROPONIT

WOLDER SCHELE, HAMBVRGENSIS;

APVD AL. VAN MEGEN, ACADEMIAE TYPOGRAPH.

O. D. R. A.

DISSELTATIONEM IN AVOVS ALIEM

AVCTORITATE IUDICIS

LIBRARY OF THE
MUSEUM OF NATURAL HISTORY
NEW YORK

ADDREND

DIVRECONSVLTO

INCELYTAE SACRI ROMANI

ALBANY

REIPUBLICAE HAMBURGENSIS

CONSULTATION

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI

TUTORI QVONDAM FIDELISSIMO

FRATRI PATRVEI HONORI

DECHET.

PRO RITE CAPELLANDIS ET LEGITIMIS

CONFIDENTIAL IN SOURCE VALUE

2. F. D. 2

IN MUSEO D. D. REGII ACADEMIAE

AD DIEM VI. DECEMBRIS CIOCCCXXVII.

H. L. G. C.

VENTILANDAM PROBIT

only a few days more

WOLTER SCHEFFEL, HAMBURGENSEN.

Arvid A. van Mier, Assistent Trosserant.

V I R O
MAGNIFICO, ILLVSTRI
ATQVE AMPLISSIMO
DOMINO
MARTINO LVCAE SCHELE
IVRECONSVLTO
INCLYTAE SACRI ROMANI IMPERII
REIPVBLICAE HAMBVRGENSIS
CONSVLI MERITISSIMO
TVTORI QVONDAM FIDELISSIMO
FRATRI PATRVELI HONORATISSIMO
S. P. D.
WOLDER SCHELE.

Longa peregrinatione defuncto, et
ad dulce patriae solum gradum reuo-
canti,
* 2

canti, nihil prius, nihilque antiquius
mibi visum est, quam ut fautori-
bus et amicis honestae absentiae stu-
diorumque rationem redderem. Haec
dum meditor, simulque mecum rationes
subduco, cuius in sinu potissimum has
studiorum primitias deponam, quemque
ego iudicem et arbitrum huius specimi-
nis eligam, haud sane difficilis fuit illa
deliberatio. Statim enim menti meae
se obtulit pulchrum illud **VLPIANI**
effatum: Semper honesta et sancta
persona patris et patroni videri debet.
Haud itaque diu mihi quaerendus erat
patronus, qui praesto erat. **TE** enim
parentis loco sanctum mihi esse volue-
runt maiores. **TV** duplici vinculo, et neces-
situdinis, et paterni adfectus, totum me
tenes, habes, possides. **TIBI** ego vitae
meae testi, rectori, magistro, qui adole-
scentiam meam candidis cohortationibus
fouisti, qui omnibus liberalibus discipli-
nis lubricum aetatis erudiendum cura-
sti, paucis: qui tutor mihi datus, ad-
fe-

fectum parentis exhibuisti, TIBI, in-
quam, nisi has pagellas grato animo
consecrarem, esse mihi viderer mor-
taliū ingratissimū. Ad TE igitur
VIR MAGNIFICE, AMPLISSIME,
qui ad summum priuati hominis no-
stra in republica fastigium virtute
enixus es, me conuerto: ad TE redit,
si qua sit studiorum meorum mes-
sis: TIBI pagellas has tamquam perpetuum
grati animi monimentum dedico: TE iu-
dicem constituo, fretus insigni humani-
tate TVA et de venia securus, si quid
minus recte, minusue concinne scriptum
videatur. Digna est tractatio TVO ex-
amine, CVI, optime de patria et litte-
ris quotidie merenti, iudicis, imo sum-
mi rectoris et gubernatoris personam
imposuit gratissima patria. Digna est,
inquam, TVA lima, TVAque censura
illustris haec de iudiciali auctoritate ma-
teria, parum licet forte commode parum-
que venuste a me perpolitā, quippe iurium
eorum, quae in ipsis rerum argumentis

obtinent, nondum satis gnaro. At eriget
me lapsum humanique aliquid passum,
elegans illud **SENECAE**: in scientiis
non eadem, quae in ceteris peregrina-
tionibus, est conditio, in quibus com-
prehensus aliquis limes et interrogati
agricolae non patiuntur errare, quum
hic tritissima quaeque via ac celeber-
rima maxime decipiat. Sine itaque
MAGNIFICE CONSVL *vetus illud*
consulare carmen in frontispicio Disser-
tationis meae **TIBI** *ut occinam:* **QVOD**
FELIX, FAVSTVM, FORTVNA-
TVMQVE SIT, *devota* **TIBI** *men-*
te pusillum hoc operis offero, **DO,**
DICO, ADDICO. *Iubet hoc pietas,*
exigit publicum quod in mei gratiam olim
suscepisti munus, operosa scilicet tutelae
prouincia. Functus es tutoris officio egre-
gie, laudabiliter; et quum leges ciuiles
pariter ac patriae **TIBI,** *tunc tempo-*
ris iam in senatoriae dignitatis gradu
constituto, ab eiusmodi muneribus vaca-
tionem indulgerent, **IPSE tamen** **TIBI**
hanc

hanc legem dicebas, ut difficilem mole-
stamque educationis curam suscipere lau-
dabilius, honestiusque iudicares, quam
dignitatis excusatione uti. At in illa
administranda, meaque iuventute tuen-
da, quam numerosa benefaciendi mate-
ria, quam inexhausta fuit TVAE pie-
tati? Cohortatione TVA animum me-
um incitasti: senili TVA prudentia in-
nixus tot syrtes effugi: consiliis TVIS
suffultus, felicem studiorum portum atti-
gi. Ingratus essem, nisi TE inter gratis-
simas vicissitudines diligerem, colerem,
venerarer, et tot beneficiis TIBI obae-
ratum debitorem me publice profiterer,
deutumque et gratum animum simul fa-
cerem testatum. Quamobrem fide mea
spondeo, venerabili et sanctissimo nomi-
ni TVO monumentum pectoris in sa-
crario me erecturum aere perennius,
regalique situ Pyramidum altius; quod
non imber edax, non Aquilo impo-
tens, aut innumerabilis annorum fe-
ries diruet unquam. Semper honos, no-
men-

menque TVVM, laudesque manebunt.
Accipe interim tesseram huius officii mei
disertationem hanc academicam, eius-
que auctorem, cuius salus in TE vno ad-
huc sita fuit, TVO fauore, patrocinio
et paterno adfectu et in posterum prose-
quere. Seruet TE Summum Numen in
patriae commodum, gentis nostrae de-
cus et clientum solatium. Sic spes ar-
ridet pulcherrima, TIBI saepe, ac in
multos annos adclamatum iri: AVE.
**CONSVL AMPLISSIME. AVE
CONSVL CARISSIME. VIVE
FELICITER.** Dabam Trai. ad Rhen.
die VI. Decembris CIOICCCXXXVII.

SECTION I.
DE AVCTORITATE IUDICIS
CIRCA ACTVS

A D
IVS PERSONARVM PERTINENTES
NECESSARIA.

CAPVT I.
DE AVCTORITATE IUDICIS
GENERATIM.

- | | |
|---|---|
| §. I. <i>Instituti ratio.</i> | IV. <i>Aliae vocabuli significationes.</i> |
| II. <i>Auctoritatis etymologia et formalis notio.</i> | V. <i>Quid hic iudicis auctoritas et quotuplex?</i> |
| III. <i>Auctores dicti etiam qui rem augent, suppleunt, perficiunt, confirmant.</i> | VI. <i>Quid index, et quotuplici modo is auctor fiat?</i> |
| | VII. <i>Partitio Disertationis.</i> |

§. I.



cturus paullo accuratius de AVCTORITATE IUDICIS, in variis actibus priuatis adhibenda, tam vasto veluti mari me committo, vt verear, si longa praefatione lectori molestus sim, ne in ipso portu moras neetere videar. Sane quum thema, in quo exercere placet ingenium, commendatione mea non ageat: praetermissis omnibus, quae de dignitate materiae ipsaque

*Institutà
ratio.*

SECT. I.

instituti ratione dici poterant, Deum O. M. precatus, vela facio, et ad rem ipsam me accingo. Quaedam tamen, quae ad ipsius inscriptionis explicationem pertinere videntur, eo minus negligenda existimaui, quo magis mea interest, lectorem, quid mihi consilii sit, quaque de re agere constituerim, non ignorare.

*Auctorita-
tis etymo-
logia et
formalis
notio.*

II. Et AVCTORITATIS quidem vocabulum, quod latis-
mi vsus ac variae admodum significationis esse, comperio, alii
a Graeco αὐτὸς, alii ab αὐθεντίας, alii ab antiquo *anquo*, alii ab *aneo*
deducunt. VOSS. *Etymolog.* p. 63. Sed his omnibus ipsa vocis for-
ma et perpetua, qua veteres vsi sunt, scribendi ratio refragatur.
Semper enim veteres tum codices, tum lapides, et nummos habere
AVCTOR et AVCTORITAS cum CT, iam olim demonstra-
runt ALD. MANVTIVS in *Orthographia* p. 9. et CELLAR. in
Orthogr. p. 91. et si quando posterioribus saeculis *autor* et *autoritas*
scripserunt, id eadem euphoniae adfectione factum videtur, qua
pro *arctus* scripserunt *artus*, pro *farctus* *fartus*, pro *percunctari* *per-
contari*, pro *Quinctius* *Quintius*. At formam *authoritas*, quae non-
nullis in deliciis est, vniuersa vetustas adeo ignorauit, vt eius nec
vola, nec vestigium vsquam apud antiquos scriptores occurrat. Quin
tantum abest, vt veteres vmquam scripserint vel *authoritas*, vel *au-
toritas*, vt et Graeci, si quando id vocabulum litteris suis expri-
mere conarentur, non αὐτὴριτας vel αὐθενρίας sed ἀνκτῆριτας scribe-
rent. DIO CASS. *Lib. LV.* p. 550. Οὐ μὲντοι καὶ τέλῳ τι ὡς κεκυ-
ρωμένη ἐλάμβανεν, ἀλλὰ ΑΥΚΤΩΡΙΤΑΣ ἐγίνετο. Non tamen vim *se-
natusconsulti* obtinebat: sed AVCTORITAS dicebatur. Et THEO-
PHIL. *pr. Inst. de Auct. tut.* in paraphrasi sua retinuit quaedam La-
tina, eaque effert: *sine tutoris AVCTORITATE*, quae auctor
veterum Glosarum iuris, a Carolo Labbaeo editus p. 110. Graecis
litteris ita exprimit: Σὺνε τῆτορις ἀκτῆριτατε. Itaque semper veteres
id vocabulum scribebant cum CT, idque argumento est luculen-
tissimo, vere *auctoritatem* dici ab AVGENDO eiusque supino
auctum, adeoque genuinam et formalem eius vocabuli notionem hanc
esse, quod quicumque rem auget, eique vel nouam formam, vel
incrementum aliquod addit, vel eandem supplet et perfectiorem red-
dit. Hinc CHARISIUS. *Lib. I.* AVCTOR propterea dicitur,
quod auget et generaret. Quum vero qui rei formam dat, ei origi-
nem dare videatur: inde fit, vt omnes etiam ii, quorum ingenio,
consilio, operaque aliquid factum est, rei auctores adpellentur.
Hinc *iuris auctores dicti iureconsulti*, l. 17. D. de *Iure patron.* l. 120.
D.

D. de Verb. sign. l. 1. pr. C. Comm. de manumiss. l. 23. C. de Procur. SECT. I.
quia ius ciuile, quod sine scripto venit, ab iis compositum, l. 2.
§. 5. *D. de Orig. iur. fundatum, l. 2. §. 39. D. eod. constitutum-*
que est. d. l. 2. §. 41. D. eod. Eadem notione et auctores caedis, se-
ditionis et tumultus, libertatis, doli, damni dati, operis, passim di-
cuntur, quibus eorum facinorum rerumque origo debetur. l. 7. C.
de His quae ut indign. l. 3. §. 4. D. ad Leg. Corn. de Sicar. l. 3. C.
de Donat. quae sub modo. l. 9. §. ult. D. de Tribut. act. l. 4. §. 5.
D. Vi bon. rapt. l. 11. §. 1. D. de Aqu. et aqu. pluui. Quumque et
iis, qui consilium dant, aliosque hortando instigandoque ad illud
exsequendum impellunt, nec non, qui alios exemplo, quid factu
opus sit, docent, facti istius origo recte tribuatur: non mirum
est, et hos a veteribus dici auctores. Cuius notionis tanta exemplo-
rum farrago apud ipsos lexicographos reperitur, ut actum agere no-
lim, generatim obseruasae contentus, eodem sensu et eos, qui vel
generis, vel opum, vel honoris parentes aliis fuissent, auctores et
proauctores dictos esse, ceu IAC. SIRMONDVS ad Sidon. Apol-
lin. Carm. V. v. 355. p. 122. et viri docti ad SVETON. Claud.
cap. xxiv. obseruarunt.

III. Non tantum autem, qui rei originem nouamque formam de-
derunt *auctores* adpellantur: sed et qui eam incremento aliquo locu-
pletarunt, suppleuerunt, eique maiorem perfectionem et robur ad-
diderunt. Sic in ipso iure ciuili *auctores fieri* dicuntur tutores, quo-
ties consensum impertiuntur pupillis, aliquid acturis, quo deterior
posset fieri eorum conditio: *pr. Inst. et l. 9. pr. D. de Auct. tut.*
non quod consentiat tantum, (ita enim et curatores minoribus *au-*
ctores fieri dicerentur) nec quod consilio suo pupillum iuuet, (quip-
pe quo sensu et maiorennibus auctores esse possumus,) sed quod
adstipulatione sua veluti augeat et SVPPLEAT, quod pupilli per-
sonae ob lubricum aetatis deesse videtur. l. 32. §. 2. *D. de Acquir.*
vel amitt. possesf. vel, uti eleganter rem eloquitur V.C. EV. OT-
TO ad §. 2. Inst. de Auct. tut. p. 126. quod solemnitate ea ad in-
tegrandam pupilli personam opus sit. Vere enim ac plane ex inte-
rioribus artis nostrae principiis scribit THEOD. MARCILIUS
Comm. ad §. 1. Inst. de Tutel. Pupillus est quidem persona libera, sed
non perfecte et legitime. Perfecta et legitima persona est, quae in iudicio
stare per se potest; pupillus non potest sine tutore: l. 1. sequ. C. Qui legit.
pers. standi in iudic. hab. Propterea additur in definitione, qui per acta-
tem se defendere nequit. Eodem exemplo et populus Romanus sum-
mus quidem erat rerum arbiter, quodque postremum iussisset, id

Auctores
etiam, qui
rem sup-
pleant, per-
ficiunt,
confir-
mant.

SECT. I. ratum ac pro suprema lege erat. Et tamen quum penes senatum veluti consilium publicum esset: populus nec iure esse rogatus, nec iure sciuisse dicebatur, nisi id consentiente ac probante senatu factum esset. Hinc iam in primo interregno decreuerant patres, *ut quum populus regem iussisset, id sic ratum esset, si patres AVCTORES fierent.* LIV. Lib. I. Cap. XVII. Quod ius postea semper in legibus magistratibusque rogandis vsurpatum esse, ibidem obseruat LIVIVS, puta *ut priusquam populus suffragium iniret, in incertum comitiorum euentum patres AVCTORES fierent.* Quin quum aliquando senatus paullo difficilior esset in interponenda auctoritate, aliquando ipse populus tribuniciis instinctus furoribus, inuito senatu leges, reipublicae perniciosissimas minaretur, vetus ille mos, ut senatus auctor fieret ante inita suffragia, saepe reuocatus est, veluti lege Maenia, teste CICERONE Brut. Cap. XIV. et altera a Q. Publilio, Dictatore lata apud LIV. Lib. VIII. Cap. XII. et denique a L. Cornelio Sulla apud APPIAN. de Bello civil. Lib. I. p. 650. Quemadmodum ergo nihil, nisi in rebus curae suae speciatim commissis sine populi suffragio poterat senatus: POLYB. Lib. VI. Cap. XII. p. 642. sequ. edit. Gronov. Tom. I. ita nec sine senatus consensu quidquam iure sciscebat populus, adeoque senatus auctoritate vel ut a SVIDA et PLVTARCHO in Coriol. p. 227. vocatur, προβλενματι suo supplebat, quod populo deesse videbatur, ut recte obseruat POLYBIUS ibid. Cap. XIII. p. 644. consuli, cui bellum decretum esset, *et populi et senatus ope opus esse, futuro alioquin perficiendis inceptis impari.* Quum postea oppressa a principibus reipublica, siue imperatorum voluntas, siue necessitas ipsa, curam reipublicae ad senatum deduxisset: l. 2. §. 9. D. de Orig. iur. simulacro aliquo prisca moris populo illudi coepit. Quemadmodum enim senatorum sententiae pro populi suffragiis; senatus consulta pro legibus erant: ita principes sibi iura, quibus olim patres vsi fuerant, adrogabant, nec quidquam, quod decreuisset senatus, ratum esse volebant, nisi quod ipsi vel praemisssa oratione decerni iussissent, vel ab senatu decretum ratum habuissent. Hinc et ipsi principes auctores fuisse dicuntur senatui, aliquid censendi, veluti apud TACIT. Annal. Lib. III. Cap. XIII. Lib. XV. Cap. XXII. VLPIAN. Fragm. tit. XXV. §. 28. l. 32. pr. D. de Donat. inter vir. et vx. l. 5. C. de Magistrat. conuen. l. 1. C. de Petit. hered. quae similiaque loca attulerunt V. C. CH. OTTO A BOECKELN in Disf. de Orat. princ. et IAC. GOTHOFRED. de Imper. mar. Cap. VIII. p. 37. ubi ostendit auctoritatem saepe vocari constitutionem prin-

principis, quae legi alicui vel SCTO *αὐθεντία*, seu vim legum tribuit, quaeque id veluti supplet, quod legi illi ad auctoritatem deesse videatur. Quamuis negandum non sit, ducto ab his constitutionibus exemplo, et reliquas principum constitutiones, ipsorumque magistratuum edicta passim vocari AVCTORITATES, veluti *l. ult. C. de Fabric. l. 10. de Aquaed. l. ult. C. Theod. de Censu cin. non adscr.* et alibi. Vid. LANGL. *Semestr. Lib. XIII. Cap. I.* Quae omni formali illi significationi, quam supra ex ipsa vocabuli origine eruimus, praeclare conuenire nemo non animaduertit.

IV. Sunt et aliae vocabuli notiones, quas veluti per lancem *Aliae vocabuli significationes.* saturam colligere licebit. Sic quum supra eum, qui vel consilio, vel exemplo, alterum ad agendum quid impellit, auctorem dictum esse obseruauerim: factum inde est, vt ipsa potestas et suadendi, et imperandi, et exemplum alii datum, dicatur AVCTORITAS. Hinc *auctoritas* tribuitur principi, *l. ult. D. Qui & a quib. appell. magistratibus, l. 3. §. 1. D. de Reb. eor. Praetori, l. 5. §. 5. §. 8. D. eod. Praesidibus prouinciarum, l. 2. §. ult. D. de Op. publ. immo & imperiis inanimatis, veluti legibus, l. 4. C. ad Leg. Iul. de Adult. l. ult. C. de Except. Senatus consultis, l. 15. §. 1. D. ad Leg. Corn. de fals. l. 3. D. de Collegiis*, quamuis plerumque SCTa diuersa essent ab AVCTORITATIBVS, eoque nomine illa senatus decreta, quibus intercesum fuerat, venirent, DIO CASS. *Lib. LV. p. 550. CIC. Lib. I. Epist. ad fam. VII. sententiis, l. 18. D. de Accusat. et rei iudicatae. l. 27. de Inoffic. test. l. 14. §. ult. D. de Adpell.* Pro exemplo vel exemplari auctoritatem dixit VITRUV. *praef. architect. ad Augustum*, vbi aedificiorum publicorum auctoritates egregias laudat, quem locum non satis intellexisse videtur CASP. BARTH. *Aduersar. Lib. I. Cap. X.* Porro vti qui imperio aliquo vel suadendi potestate gaudebant auctoritate pollere dicebantur: ita haec et omnibus iis tribuebatur, quorum consilio, exemplo, testimonioque homines quam maxime mouebantur: eoque pertinere videntur, loquutiones apud veteres frequentissimae: *Valere auctoritate CORN. NEP. Cimon. Cap. II. ad auctoritatem suam aliquem adducere CIC. pro Deiot. Dicere cum auctoritate CIC. Orat. Cap. XXXIV. auctoritate alicuius vti, testibus atque auctoritatibus conuincere. CIC. VII. Verr. Cap. XXXIX.* Quum non solum hominibus sed et rebus omnibus, quae in aliqua aestimatione ac pretio erant, auctoritas quaedam tribuebatur. PLIN. *Hist. nat. Lib. XII. Cap. IV. Tanta arbori AVCTORITAS est, SVETON. Claud. Cap. XXX. AVCTORITAS dignitasque formae non defuit.* At nulla temere cele-

SECT. I celebrior inter iureconsultos vocabuli notio est, quam quando pro dominio in aliquem translato accipitur. Sicuti enim is, a quo quis causam habet AVCTOR dicitur, *l. 175. D. de Verb. sign.* quia, ut eleganter ait TERTVLLIAN. *de praescript. Cap. XXXVII. origines firmas habemus ex ipsis auctoribus, quorum fuit res*, et hinc saepe et venditor eo nomine venit, *l. 4. §. ult. l. 52. §. ult. D. de Act. emt. l. 4. §. 27. 29. 30. 31. de Dol. mal.* Vid. DONELL. *Comm. iur. civ. Lib. V. Cap. XX.* quemadmodum et instrumenta super contractu illo confecta *tabulae AVCTORITATIS* vocantur. SENECA. *Contron. Lib. IV. contr. XXVII.* ita AVCTORITAS est ipsum dominium iusto quocumque titulo in alterum translatum. Sane XII. TABVLIS cautum fuerat: ADVERSUS HOSTEM AETERNA AVCTORITAS ESTO, id est, dominium ciuis a peregrino nulla vsucapione excluditor. Et lege Atinia apud GELL. *Lib. XVII. Cap. VII.* cautum erat: QVOD SVRREPTVM ERIT, EIVS AETERNA AVCTORITAS ESTO. Quam ferax vero Latium fuerit nouarum notionum, vel inde patet, quod, ubi semel *auctoritatis* vocabulo pro legitimo dominio uti coepit, iam non difficile fuit, et vsucapionem, qua dominia adquiruntur, et euictionis praestationem, qua dominus ab auctore indemnis praestatur, *auctoritatem* vocare. Atque hinc explicanda lex decemuiralis: FVNDI VSVS AVCTORITAS BIENNII, CETERARVM RERVM ANNI ESTO. CIC. *Topic. Cap. III.* nec non locus PAVLLI *Recept. sent. Lib. II. tit. XVII. §. 1.* et VENVLEII *l. ult. D. de euict.* ubi *auctoritatis praestatio* manifesto euictionis praestatio est, quemadmodum et alibi in iure ciuili is, qui ad euictionem praestandam obstrictus est, AVCTOR, quique eo nomine fideiuscit, SECVNDVS AVCTOR adpellatur. *l. 4. D. de Euict. l. 16. C. eod.* De qua vocabuli significatione plura monuerunt CLAVD. SALMAS. *de Vfur. Cap. VIII.* et SCHVLTING. *Iurispr. vet. Anteiustin. p. 291.* Enimuero ne illi philologiae, aliis intenti, iusto diutius immoremur, plura iam addere nolumus, maxime quum talia iam alii plena manu dederint, veluti LIPSIVS *Saturnal. Lib. II. Cap. V.* TVRNEB. *Aduersar. Lib. II. Cap. LIX.* BRISSON. *de Verb. signif. p. 129. sequ.* et V. C. CAR. ANDR. DVCKERVS *de*

Quid hic Lat. vet. ICt. p. 271.

fit iudicis V. Iam dum nos de AVCTORITATE iudicis acturos
auctori- profitemur, nemini ambiguum esse potest, nos eo vocabulo potis-
tas, et quo- simum eum actum iudicis, quo vel negotium in se inualidum ser-
plex? uat,

uat, vel eidem maius saltem robur addit, designare. Quo sensu SECT. II.
veteres hanc auctoritatem etiam vocarunt IMPERIVM. §. 1. *Inst.*
de Adopt. l. 2. pr. D. eod. itemque ADPROBATIONEM, CON-
SENSVM, RATIOHABITIONEM et in primis CONFIR-
MATIONEM et DECRETI INTERPOSITIONEM, *l.*
1. §. 1. l. 5. D. de Conf. tut. Quamvis si omnia subtiliter rimari
velis, haec vocabula non semper sint synonyma, uti iam ostende-
runt Cl. SCHVBART. *de Confirm. pact. §. 4.* HORN. *de Feud.*
Cap. XIX. Dico aliquando iudicis auctoritate vel confirmatione
actum in se inualidum sustineri ac conseruari: aliquando in se vali-
do maius robur ac veluti pondus accedere. Saepissime enim con-
firmatione vel principis, vel magistratus conualescit, quod in se
nullum aut irritum esset, negotium. Sic nullius momenti est adoptio
non iure facta, at potest tamen illa, impetrata confirmatione, sustineri.
l. 38. D. de Adopt. Nec liberi sunt legitimi, quos mulier ex in-
cestis cum auunculo nuptiis enixa est, et tamen ii legitimorum iu-
ribus fruuntur, si quando *status eorum a principe confirmatur, l. 57.*
§. 1. D. de Rit. nupt. Quin notum est, tutelam testamentariam
non subsistere, si vel mater aliaue persona extranea, vel pater eman-
cipato, vel codicillis testamento non confirmatis tutorem dederit.
Et tamen tunc quod deficit, repleti a consulari potestate, constitutiones
concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores. *l. 1. §. 1. D. de*
Confirm. tut. Vbi CONFIRMARE manifesto est defectum illum,
quo alioquin res laborat, tollere vel uti est in *Glossa LABBAEI*
p. 62. Κομψημάτων καθωσιωμένων, quia huiusmodi confirmatione
actus alioquin nullus veluti expiatur, et a vitio purgatur. At multa
etiam negotia confirmantur, et auctoritate magistratus, interposito-
que decreto, maius robur accipiunt, quae et sine illa auctoritate
subsisterent: quemadmodum e. g. codicilli dicuntur testamento
confirmari, *l. 30. D. de Legat. 1.* quum tamen nemo dubitet, quin
et testamento non confirmati per se subsistant §. 1. *Inst. de Codicill.*
Ex quo consequitur, ut in quibusdam actibus abscesse NECES-
SARIA sit iudicis auctoritas, in aliis VTILIS tantum, at non
ita necessaria, ut actus, ea omisa, pro nullo vel irritio habeatur.
Nos vtriusque habebimus rationem, sed ita, ut distincte monea-
mus, necessaria ne sit illa iudicis auctoritas, an sine nullitatis pe-
riculo omitti possit.

VI. Dicturi porro sumus de auctoritate IVDICIS. Quamvis
enim iure ciuili distinctae sint magistratuum et iudicum partes, *l. 2.*
D. de Reg. iur. Cl. NOODT. *de Iurisd. et imp. Cap. XIII.* et

*Quid iu-
dex? et
quoruplicem
modo is
auctor
fiat?
con-*

SECT. I. confirmatio illa, seu auctoritas, certis actibus interponenda, magis ad magistratum, quam iudicum pedaneorum, officium pertineat, immo plerumque ea facultas certis tantum magistratibus, tamquam actus extraordinariae iurisdictionis, speciali lege deferatur, ceu docent exempla *l. 1. §. 1. D. de Confirm. tut. l. 8. pr. §. 1. D. de Transact. l. 1. §. 2. D. de Reb. eor. qui sub tut. vel. cur. sunt.* nos tamen eo vivimus saeculo, quo iam dudum exolevit illud magistratum iudicumque discrimen, ac proinde mihi hic IVDEX est quilibet vir bonus publica auctoritate cum potestate iuris dicendi ad causas decidendas constitutus. At quum multi quidem sint potestate iuris dicendi praediti, qui tamen non sunt competentes: quaeri solet, vtrum abscesse iudicis competentis exigatur auctoritas, an cuiuslibet decretum et confirmatio sufficiat? Distinctione explicari rem posse, plerique existimant, ita, vt actus VOLUNTARIAE IURISDICTIONIS, quo et contractus refert vir illustr. BALTH. WERNHERVS *Observ. forens. Part. X. Obs. CCLXXVI.* a quocumque iudice possint confirmari, *l. 27. l. 30. C. de Donat.* qui vero ad CONTENTIOSAM IURISDICTIONEM pertinent, non nisi a competente. *l. ult. D. de Iurisd.* At tamen iam ab aliis observatum est, non esse eam Germanicae iurisdictionis indolem, vt actus omnes, quos Romani voluntariae iurisdictionis esse volebant, auctore quocumque iudice, recte et tuto explicentur: sed saltem iis casibus iudicis competentis decretum requiri, si illud quodammodo periculo iudicis interponatur. SCHOEPPFER. *ad tit. D. de Iurisd. §. 5.* Vnde et recte colligit THOMAS. *Not. ad Pand. p. 40. non deesse quidem apud Germanos exempla iurisdictionis, quae secundum principia iuris Romani pertinerent ad iurisdictionem voluntariam, v. g. confirmationem contractuum: sed in iis haud dubie regulam de iudice incompetente non valere.* Saltem in florentissima patria mea rata non esset futura venditio rerum immobilium, si resignatio facta esset coram incompetente iudice. IVS HAMB. *Part. II. tit. 8. §. 6.* Nec aliter se rem habere arbitror alibi, vbi res immobiles sine illa resignatione vendi non possunt, quamvis fateamur, resignationem illam non in sola confirmatione aut decreto, sed in vera inuestitura, consistere, cui olim apud Germanicae originis gentes etiam in rebus allodialibus locum fuisse, pluribus demonstrarunt DECHER. *Disf. sing. de Inuestitura rerum allodial.* et Illustris HEINECCIUS *Elem. iur. Germ. Lib. II. §. 24.* Quae quum ita fiat, illae demum confirmationes a quocumque iudice expeti posse videntur, quae negotio in se firmo nihil superaddunt, et cum nullo magistratus periculo-

culo coniunctae sunt, in aliis vero semper iudicis competentis auctoritatem et tutius, et rectius adhiberi. Recte porro aliqui auctoritatem illam iudicis in NV DAM seu SIMPLICEM, quae sine vlla causae cognitione interponitur, et NON NV DAM, quae plenam causae cognitionem exigit, dispeſcunt; BARTH. *Hodeg. forens. p. 70.* At de posteriore verissimum esse videtur, quod paullo ante monuimus, eam vix posse, nisi a competente iudice, interponi. Vbicumque enim causae cognitio interuenit, ibi praetor plerumque et tribunal desideratur, l. 2. §. 1. D. *Quis ordo in posses. seru.* et cognitio causae non interpellatione planaria, sed confidente magis iudice, eoque competente, legitime colligitur. l. 2. C. de Dilat.

VII. Sed de his omnibus distinctius agere consilium erat. Id quod eo ordine quam commodissime fieri posse arbitrabamur, ut, seruata distinctione inter auctoritatem iudicis NECESSARIAM et VTILEM, primum de *necessaria*, ac deinde de *utili* diceremus. Quum vero illa circa iura vel *personarum* vel *rerum*, tum quae cuique *in re*, tum quae *ad rem* competunt, vel denique *actionum* verferetur, de singulis selectiores quasdam obseruationes in medium proferre constitueramus apud animum nostrum. Quo fine in quinque sectiones totam disertationem partiri visum erat, et ita quidem, ut prioribus quatuor de auctoritate iudicum NECESSARIA, et *prima* quidem de auctoritate eorum circa actus ad IVRA PERSONARVM pertinentes; *secunda* de auctoritate circa IVRA IN RE; *tertia* de auctoritate circa IVS AD REM; *quarta* de auctoritate circa ACTVS IUDICIALES necessaria disereremus; his denique subiuncturi sectionem *quintam* de auctoritate iudicis non quidem necessario, sed VTILITER adhibenda. Enimvero abrumpendum fuit intentionis filum, statuendumque, ut iam duae priores tantum sectiones publicis typis committerentur, ne disertationis academicae modum excederem, quem vereor, ne, breuitatis licet studiosissimus, tamen ob insignem rerum varietatem vbertatemque excessisse videar. Quum vero, quod ad IVRA PERSONARVM attinet, illa iudicis auctoritas potissimum in *disoluendis sponsalibus*, *dirimendo matrimonio*, *adoptionibus atque unione prolium*, *emancipationibus*, *tutela et curatione* sit necessaria: de his omnibus totidem capitibus agam. Faxit Deus, feliciter!

C A P. II.

DE AVCTORITATE IVDICIS

CIRCA SPONSALIORVM DISSOLVTIONEM

NECESSARIA.

- | | |
|--|---|
| §. I. <i>Sponsalia quo ritu contracta?</i> | <i>fectam produxerint? et an auctore</i> |
| II. <i>Quorum consensu facta?</i> | <i>iudice dissoluta?</i> |
| III. <i>An liberi despondere se potue-</i> | V. <i>Canonistarum de sponsaliorum</i> |
| <i>rint insciis et inuitis parentibus?</i> | <i>effectu et dissolutione sententia.</i> |
| IV. <i>An sponsalia obligationem per-</i> | VI. <i>Nec non protestantium praxis.</i> |

§. I.

*Sponsalia
quo ritu
contracta?*

SPONSALIORVM Romae ea natura erat, vt ad ea dissoluen-
da initio iudicium auctoritas vix requireretur. Quod vt rectius in-
telligatur, primum, quomodo ea fieri, deinde quomodo dissolui
conueuerint, paucis disquirere iuuabit. Erant sponsalia, ex Ro-
manorum moribus, *mentio ac repromissio futurarum nuptiarum*, l. 1.
D. de Spons. id est, qualiscumque de ineundis in posterum nuptiis
conuentio. Quamuis enim hanc definitionem abscisse de stipulatio-
ne intellectam nonnulli velint, veluti IAN. GVILIELM. *ad Plaut.*
Aulul. Act. II. scen. II. v. 26. nec negari possit, alias Romanis
fuisse SPERATAS, id est, alicui destinatas, sed nondum pro-
misfas, alias PACTAS, id est, pacto nudo promissas, NON. *de*
Propr. ferm. Cap. V. n. LXIX. ARNOB. *adu. gent. Lib. IV. p. 140.*
certissimum tamen est, nec absolute necessariam sollemnitatem illam
verborum, nec stipulationis maiorem pleniorque effectum, quam
nudi pacti, fuisse. Hinc veteres monent, sufficere consensum et
sine stipulatione, l. 4. *D. de Spons.* ac proinde et inter absentes fieri
posse sponsalia, l. 4. §. 1. l. 5. *D. eod.* nec quidquam interesse,
per se et coram, an per internuncium, vel per epistolam sibi quis
alteram despondeat, l. 18. *D. eod.* quum tamen stipulationem inter
absentes conceptam inutilem esse, inter omnes constet. §. 12. *Inst.*
de Inut. stip. Nimirum initio quidem in mores iuerat, vt plerumque
instipularentur, vbi formula: *sponden' ergo tuam gnatam uxorem mi-*
hi? Spondeo, ceu docent exempla apud PLAVT. *Aulul. Act. II.*
scen. II. v. 77. *Curcul. Act. V. scen. II. v. 74.* *Poenul. Act. V. scen.*
III.

III. v. 34. Trinum. Aët. V. scen. II. v. 33. idque ipsum sponsa-
liorum vocabulum ostendit, quippe deriuandum a spondendo, quod
moris esset veteribus stipulari et spondere sibi vxores futuras. *l. 2.*
et *l. 3. D. eod.* At postea tamen inualuit, vt nudus consensus ad
sponsalia constituenda sufficeret, *l. 4. pr. eod.* idque eo facilius ob-
tinuit, quod, vti paullo post ostendemus, non plus ponderis eius-
modi stipulationem, quam pactum nudum, habere animaduenterent.

II. Illa siue stipulatio, siue nuda conuentio apud Romanos
intercedebat vel inter ipsum sponsum sponsamque, si in suam tute-
lam peruenissent, vel inter parentes, quorum in potestate erant. *Quorum*
Eo enim pertingebat illa parentum potestas, vt et liberis prospicere pos-
consensu
facta sint
sponsalia?
sent de nuptiis, et filiabus quidem etiam insciis et inuitis, filiis
non nisi consentientibus. Filias fane dissentire non licuisse a paren-
tibus, nisi eo casu, si indignum moribus vel turpem sponsum eis
pater elegisset, diserte testatur *VLPIANVS l. 12. §. 1. D. de Spon-*
sal. Et quâ potuisset filiarum consensus exigi, quas saepe parentes
infantes despondebant, antequam Augustus lege Papia Poppaea tem-
pus sponsaliorum ita coarctaret, vt non liceret omnino decenni
minorem despondere, intra biennium domum ducendam. *SVET.*
Aug. Cap. XXXIV. DIO CASS. Lib. LIV. p. 531. Illustr. HEI-
NECCIUS Comm. ad Leg. Iul. et Pap. Lib. III. p. 176. seq. PLV-
TARCHVS fane in Comparat. Lyncurgi et Numae pag. 76. obseruat,
Romanos puellas adhuc infantes et despondisse et domum duxisse,
quod magnam huius aetatis crederent esse simplicitatem, vxorque
tam tenera sub institutione mariti mores illius merito facilius imbibi-
tura videretur, quam si iam veluti occalluisset, et mores abiissent
in naturam. Sed et *SVETON. Iul. Cap. I. refert, Cossutiam Caesari*
adhuc tum praetextato, desponsam fuisse, filiam vero Agrippae ab
Augusto vix anniculam Tiberio Claudio Neroni desponsam esse,
auctorem habemus *CORN. NEP. Att. Cap. XIX.* Et quamuis
postea lege Papia fraenum iniectum videretur parentibus, vota sua
tam turpiter praecipantibus: tamen et postea sponsae, quae *VIXE-*
RAT ANNOS VIII. MENSES VIII. DIES XVIII. men-
tionem fieri animaduertimus in marmore apud *GRVTER. Inscr. p.*
DCCCXXXVII, 2. Nam et lata lege Iulia et Papia licebat quidem
adhuc septennibus maiores sibi despondere, *l. 14. D. de Spons.* ita
tamen, vt tunc sponsi iuribus maritorum non fruerentur. *DIO*
CASS. ibid. Iam quis consensus fuisset anniculae, aut puellae ad-
huc in cunis vagientis? Et quâ fieri potuisset, vt festinarentur hoc
modo virgines, si earum consensu opus fuisset ad constituenda
spon-

SECT. I. sponsalia? At filio familias sponsam inuito a patre obtrudi leges non patiuntur, et sponsalia eius nomine, eo dissentiente, fieri posse diserte negat PAVLLVS l. 13. D. de Sponsal. Quod adeo verum est, ut quum apud TERENTIVM Andr. Act. I. Scen. V. v. 19. Simo Pamphilo filio, praetereunti apud forum, diceret:

Vxor tibi ducenda est, Pamphile, hodie, para;

Abi domum,

id visus sit Pamphilo dicere: *Abi cito, et suspende te,* addita ratione v. 1. sequ.

Hocine est humanum factum aut inceptum? hocine est officium patris?

M. Quid illud est? P. Pro Deum atque hominum fidem, quid est, si non haec contumelia est?

Vxorem decreuerat dare sese mihi hodie, nonne oportuit

Praescisse me ante? nonne prius communicatum oportuit?

Vbi eleganter DONATVS, illustrans haec verba: *Quia inquit, nuptiarum non omnis potestas in patre est.* Neque fane obscura videtur huius discriminis ratio, quum filio non deberet inuito suus heres adnasci; mulieri autem talis adnasci nequeat, quippe capiti et fini familiae suae. l. 195. §. ult. D. de Verb. signif.

An liberi se despondere potuerint in sciis et inuitis parentibus?

III. Quemadmodum vero, licet magna esset patris in constituendis sponsalibus auctoritas, illa tamen eo non porrigebatur, ut dissentienti filio obtrudere posset mulierem: ita nec filio fas erat, sibi inuito patre aliquam despondere, multoque minus filiae, alteri re-promittere aliquid de futuro matrimonio, nisi id consentiente, aut saltem non dissentiente patre, fieret. l. 7. §. 1. D. de Sponsal. Et sane quum propter dotes nubere possint feminae, l. 2. D. de Iure dot. et sine dote vel illocabiles essent, vel in concubinatum magis, quam in matrimonium datae viderentur: PLAVT. Aulul. Act. I. Scen. II. v. 14. et Trinum. Act. III. Scen. II. v. 64. intererat omnino filiae, ut adhibito patris consensu nuberet, quippe alioquin dote casua, et concubinae potius, quam iustae vxoris loco futura. Multo magis vero et filii, et ipsius patris, intererat, ut ne hic illo inuito ad nuptias adiiceret animum: et filii quidem, quia, manente patria potestate, nihil illi erat prae manibus, unde se et familiam exhiberet; patris vero, quod non esset iuris rationi consentaneum illi inuito suum heredem adnasci. Hinc porro colligebant veteres, in elocanda nepte solius aui consensum requiri, non item patris, at, nepote ducturo vxorem, patrem non minus ac auum consentire debere. l. 16. §. 3. D. de Rit. nupt. Quae quum ita

ita sint, etiam iure Romano sponsalia recte in SOLLEMNIA seu **SECT. I**
PVBLICA, et **CLANDESTINA** diuidi possunt, eatenus, vt
publica vel *sollemnia* sint, in quibus consensus patrum interuenit,
clandestina, in quibus non interuenit, quae quidem nullum effectum
 habuisse ex principiis iuris Romani, quantumuis nuptias fieri cupe-
 rent liberi, facile est ad intelligendum.

IV. Quid vero dicamus de **PVBLICIS**, an illa saltem strictiorem
 necessitatem imponebant desponsatis, vt starent promissis, et nu-
 ptias facerent? Ne id quidem dici posse videtur ob summam repu-
 diorum licentiam, qua fiebat, vt et vterque bona gratia, et alter-
 uter, altero inuito, conditioni posset renunciare, ceu patet ex l. 2.
 §. 2. *D. de Diuort. l. 1. C. de Sponsal. l. 2. C. de Repud.* Equi-
 dem antiquis reip. temporibus rem aliter se habuisse plerique existi-
 mant, veluti **ANT. HOTOMANVS** de *Vet. ritu nupt. Cap. XII.*
 et **GER. NOODT.** *Comm. ad Pand. p. 484.* idque tum ob testi-
 monia **GELLII** *Noct. Att. Lib. IV. Cap. IV.* et **VARRONIS** de
Lingua Lat. Lib. V. p. 58. ed. Scalig. tum ob insignem locum **PLAVTI**
Aulul. Act. II. Scen. II. vbi Megadoro ambiente Euclionis filiam,
 focer veritus, ne de auro Megadoro aliquid suboluerit, stipulationi
 subiicit monitum:

— *illud facito, vt memineris,*

Conuenisse, vt ne quid dotis mea ad te adferret filia.

et promittente Megadoro, se memorem futurum, statim pergit:

— *At scio, quo vos pacto soleatis perplexari,*

Pactum non pactum est, non pactum pactum est, quod vobis lubet.

Ex his enim verbis nonnulli colligunt, Euclionem ideo sponsione
 usum in sponsalibus, quod sciret, pacta nuda non producere actio-
 nem, ac proinde talem actionem nasci oportuisse ex sponsalibus, sti-
 pulatione firmatis, adeoque non tantam tum adhuc fuisse repudio-
 rum licentiam, vt vnicuique fas esset, conditioni pro lubitu re-
 nunciare. Enimuero si dicendum quod res est, nullum horum
 testimoniorum rem conficere videtur. Gellius enim loquitur de
 Latio, non de Romanis. *Sponsalia*, inquit, *in ea parte Italiae, quae*
Latium adpellabatur, hoc more atque iure solita fieri, scripsit Seruius
Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus. In Latio ergo, id est, in
 tractu illo Italiae inter Tiberim et Vulturnum, mos inoleuerat, vt
 si post stipulationes vxor non daretur, aut non duceretur, stipulator ex
 sponsu ageret, indicesque cognoscerent, quamobrem data acceptae non es-
 set vxor, at si nihil iustae causae videretur, litem pecunia aestimarent,
 quanti interfuisset, eam vxorem accipi aut dari, eum qui sponderat, aut

*An sponsa-
 lia obliga-
 tionem
 perfectam
 produxe-
 rint? et
 an iudicis
 auctorita-
 te dissolu-
 ta?*

SECT. I. *qui stipulatus fuerat, condemnarent.* A Latii vero moribus de simili Romanorum consuetudine argumentum eo minus duci potest, quo certius constat, municipia Latinorum, nisi populi fundi facti essent, non eodem cum Romanis iure priuato esse vsa. CIC. *pro Cornelio Balbo Cap. VIII. V. C. SCHWARTZ de Iure Ital. p. 14. sequ.* Et cur eius partis Italiae, quae Latium vocatur, mentionem fecisset Sulpicius, iureconsultus Romanus, si Romae idem obtinisset? Nec magis rem probat locus Varronis, qui quidem obseruat, veteres sponsalibus vel stipulationibus eo nomine conceptis subiunxisse poenam conuentionalem, eamque *pecuniam, quam inter se contra sponsum rogassent, dictam esse sponsionem.* Sed inde nihil consequi videtur, quam ut poenam illam, in stipulationem deductam, actione ex stipulatu peti potuisse, dicamus, quamuis et hunc morem, qui libertati matrimoniorum, aut, ut rectius dicamus, effraeni repudiorum licentiae, videbatur refragari, postea exoleuisse, pateat ex *l. 134. pr. D. de Verb. oblig.* Ex qua lege facile explicari poterunt *l. 71. §. 1. D. de Condit. et dem. l. 2. C. de Inutil. stipul. l. pen. fin. C. de Sponsal.* Denique et Plautus non dicit vsquam, Euclionem flagitasse, ut stipulatio firmandorum sponsaliorum causa interponeretur, sed ut meminisset, stipulationi adiectam esse clausulam vel pactionem: **ILLIS LEGIBVS, CVM ILLA DOTE, QVAM TIBI DIXI.** Id enim pactum ne cauillatione aliqua eluderet Megadorus, verebatur homo sordidus, qui filiam virginem consenescere, quam, dote data, aliquid de auro suo deminuere malebat. Itaque certissimum videtur, quod supra adseuerauimus, liberrima fuisse apud Romanos repudia, et sponsam non minus, quam sponsum renunciare potuisse conditioni, nec quidquam damni passum esse renunciantem, nisi quod qui arrham dederat, eandem amitteret, isque, qui acceperat, duplam vel quadruplam, prout inter se pacti fuissent, restituere cogeretur, nisi iustas repudii causas haberet. *l. 3. C. de Sponsal. l. ult. C. eod. l. 17. D. eod.* Ex quibus omnibus iam intellectu facillimum est, in tanta repudiorum libertate nullas fuisse partes magistratuum in dissoluendis sponsalibus, quamuis fortassis, si alterutra pars in mora esset praestandi arrham eiusue duplum, iudicis opus esset auxilio, adeoque nec eorum auctoritatem accessisse repudiis, quamuis ex VARRONE, *ib. p. 58.* colligi posse videatur, *sponsalia PRAETORIVM IVS ad legem, et CENSORIVM IVS ad aequum aestimasse.* Praetorem enim infamia notare eum, qui ipse suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset eiusue nomine, quem quamue in po-

testate haberet, bina sponsalia, binasue nuptias eodem tempore constituerit, patet ex *l. 1. l. 13. §. 1. 2. D. de His qui not. inf.* Quumque et censorum esset, dare operam, ne quid a ciuibus contra aequitatem bonosque mores fieret: nullum profecto dubium est, quin hi illum sine nota non dimiserint, qui fidem fefellisset, nullaue iusta causa motus perdidisset mulierculam, eiusque simplicitati inexcusabili perfidia illufisset.

V. Enimuero multo aliter philosophatos esse animaduertimus eos, quibus iuris canonici ac pontificii molem debemus, quibus sponsalia tamquam initiamentum sacramenti, non res priuati arbitrii esse, sed vel maxime ad fori ecclesiastici cognitionem pertinere videbatur. Iam quidem canonistae distinguunt sponsalia *de praesenti & de futuro*: sed illa tantum improprie sponsalia dici posse, contendunt, ideo quod sit vere matrimonium. HENR. CANIS. *ad tit. X. de Spons. n. IX.* van ESPEN *Iur. eccles. Part. II. Lib. XII. Cap. I.* Hinc non mirum illa pro indissolubilibus ex eorum principiis haberi. At sponsalia de futuro dissolui posse statuunt ob iustas causas, quarum plures recensentur *Cap. 25. X. de Iureiur. can. 2. Caus. XXXII. qu. 6. c. 2. X. de Sponsal. c. 8. X. eod. c. 2. X. de Eo, qui dux. in matrim. c. 22. X. de Spons.* Harum porro causarum si quae adeo liquidae sunt, quod ad ius et factum, vt de iis inter omnes constet, discessionem fieri, nouaque sponsalia contrahi posse censent absque auctoritate iudicis; si quae parum liquidae videantur, opus esse docent causae cognitione auctoritateque iudicis. HOSTIENS. *in Summa §. fin. de Sponsal.* CORVIN. *Iur. Canon. Lib. II. tit. XII. §. ult.* Quum vero plerumque, quae ipsis partibus litigantibus notoria videntur, satis illiquida sint: nullum est dubium, quin plerisque casibus res causae cognitionem exigat. Et quamuis non temere sit verendum, ne iudex ecclesiasticus inuitos ad iungendas manus cogat, quum illam coactionem ipsum ius canonicum prudenter disuadeat; *Cap. 17. X. de Spons.* repudium tamen tunc aliter dari non potest, quam auctore iudice ecclesiastico, quippe censura ecclesiastica coercituro datae fidei immemorem, nouasque signantem tabulas, antequam auctore iudice ecclesiastico distracta fuerint priora sponsalia. *c. 10. X. de Spons.* ibique BARBOSA, GONZAL. TELLEZ, et alii.

VI. Sed multo magis necessaria protestantibus plerisque videtur iudicis ecclesiastici auctoritas in dissoluendis sponsalibus. Mirum est, eos statim ab ipsis repurgatae religionis temporibus nuncium misisse doctrinae insipidae de sacramento matrimonii, ac ne distin-

SECT. I

Canonistarum de sponsaliorum effectu et dissolutione sententia.

Nec non protestantium praaxis.

ctio-

SECT. I. ctionem quidem iuris canonici sponsaliorum *de praesenti et de futuro* ferre potuisse: et tamen longe rigidius, quam pontificios, urgere nuptias desponsatorum, adeo ut aliquando cogi hos animaduertamus, ad contrahendum matrimonium, neminemque iudices, quantumvis liquida ac praegnans videatur causa repudii, suo arbitrio dissolvere patiantur sponsalia. Nimirum, quum, quae ius canonicum de sponsalibus impropriis, seu de praesenti de eorumque indissolubilitate praecipit, retinenda existimarent protestantes, nec tamen iis ad palatum essent definitiones canonistarum, sed, iis mutatis, sponsalia de praesenti vocarent, modo quae pure inita essent, modo ubi verus utrimque consensus intercessisset; sponsalia de futuro, quae vel sub conditione contracta, vel ubi tantum de futuris sponsalibus spes facta esset: Illustr. BOEHMER. *Iur. Eccles. Protest. Lib. IV. tit. I. §. XXIV. sequ.* fieri non potuit, quin, quae Pontificii de sponsalibus improprie dictis, quae illis pro vero matrimonio sunt, tradunt, ipsi ad sponsalia de futuro pertraherent incautius, eaque indissolubilia esse contenderent. Hinc coactiones illae, quibus saepe par male compositum obtorto collo ad inauspicatissimas nuptias, tamquam ad supplicium, trahitur. Hinc doctrina iureconsultorum, quod nemini fas sit, etiam ob manifestissimam et iustissimam causam priuato arbitrio repudium mittere alteri, ac nec mutuus utriusque dissensus ad dissoluenda sponsalia sufficiat, nec transactio contra matrimonium inita, nisi utroque casu accesserit iudicis ecclesiastici auctoritas. CARPZOV. *Iurisprud. eccles. Lib. II. defin. CLXXIII. n. 5.* Ill. LEYSER. *Meditat. ad Pand. specim. XLVII. med. V.* Quae quamvis nec naturae conuentionis, nec ipsis iuris canonici principiis conueniant, et hinc merito refellantur a viris doctissimis, STRYKIO *de Dissensu sponsal. Sect. III. §. XXXVI.* BERGERO *Oecon. iur. p. 110.* BOEHMERO *l. c.* et aliis: tamen tam altas radices egerunt in protestantium consistoriis, ut vere dicere possis, sponsalia ex iuris ecclesiastici protestantium principiis priuato arbitrio dirimi non posse, sed requiri consistoriorum auctoritatem et decretum, adeo, ut plerisque locis poenam incurrant, qui sibi id sumserint, ut inconsulto iudice ecclesiastico pacto sponsalicio stare nollent. IOACH. BEVST. *de Sponsal. Part. I. Cap. LVIII.* RICHTER *Decis. VIII. n. XI.* BRUNNEM. *Iur. eccl. Lib. II. Cap. XVI. §. VII.* et ibi Strykius.

DE AVCTORITATE IUDICIS

CIRCA DISSOLUTIONEM MATRIMONII
ET SEPARATIONEM A TORO ET MENSA NECESSARIA.§. I. *Diuortium quid sit?*II. *Id non promiscue, et sine iudicis auctoritate, fieri patiebantur Hebraei.*III. *Nec Graeci, alique orientales.*IV. *Quid iuris fuerit apud Romanos priscis temporibus?*V. *Quid insequentibus temporibus?*VI. *Modus diuortii paulatim impositus. Et primo quidem ab Au-**gusto desiderari coepit iudicis auctoritas.*VII. *Postea et ab insequentibus Imperatoribus.*VIII. *Canonistarum de diuortio principia.*IX. *Praxis protestantium.*X. *Natura separationis a toro et mensa.*

§. I.

Proximum est, ut, quanta sit circa DIVORTIA iudicis auctoritas, eadem breuitate expediā. Circa diuortia, inquam: ne quis me vel de friguscūlo, vel de nullitate matrimonii, acturum prolixius, existimet. Et *friguscūlum* quidem, (de quo vocabulo videndus CL. DVCKER. *de Latinit. Ictur. p. 403.*) vocant iureconfulti, si per calorem iracundiae aut ob leuem offensam coniuges repudium minantur, nec tamen animo diuertendi diuelluntur, sed, remittente aestu, in gratiam vltro redeunt: l. 32. §. 12. l. 3. l. 64. D. de Donat. int. vir. et vx. l. 3. D. de Diuort. l. 48. D. de Reg. iur. quo casu aliquando accidit, quod ait apud TERENCEM Chremes: *Amantium irae amoris integratio. Diuortium* autem non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit: l. 3. D. de Diuort. et repud. quamuis aliquando gratiae aliquid dedisse iureconfulti, et, ut donationes factae valerent, modo friguscūlum pro vero diuortio, modo diuortium pro friguscūlo habuisse videantur: quale quid in gratiam Mecaenatis fecisse Trebatium, suspicatur SCIP. GENTILIS *de Donat. inter vir. et vx. Lib. III. Cap. XIX.* Nec minus facile a nullitate matrimonii discernere licebit *diuortium*. Nullum enim est matrimonium, quod ab initio non subsistit, veluti, si qui aduersus leges coierint, quia eo casu nec vir, nec vxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos, nec liberi legitimi intel-

Diuortium quid sit?

SECT. I liguntur. §. 12. *Inst. de Nupt.* At *diuortio* ob causam superuenientem diuelluntur coniuges, inter quos alioquin iustum fuerat matrimonium. Ex quo porro consequitur, ut quum saepenumero, inuita vtraque parte, matrimonium nullum declaretur, diuortium semper, vel vtraque, vel alterutra saltem parte volente, ac flagitante, fiat. l. 60. §. 1. l. 61. l. 62. *D. de Don. int. vir. et vxor.*

Id non promiscue et sine iudicis auctoritate fieri patiebantur Hebraei.

II. Vt ergo de DIVORTIO primum dicamus, si recta ratio in consilium adhibeatur, inter omnes constare arbitror, illud nec facile indulgendum, nec priuato cuiusuis arbitrio relinquendum esse. Neque enim naturae pacti hoc congruit, ut alter alteri inuito ius ex pacto illo quaesitum auferat: neque finis legitimi matrimonii, qui in procreanda educandaque prole consistit, pati videtur, ut coniuges sibi inuicem mittant nuncium, liberosque communes vnius curae, contra parentum officium, relinquunt. Adde, quod per hanc diuortiorum licentiam non possit non et familiae et publicus ciuitatum decor grauissime conuelli, et honestas feminas difficilius ad nuptias adiecturas esse animum probabile fit, si sciant, se tribus subeuntibus rugis, e maritorum toro domoque pro lubitu eiectionem iri. Quae quum ita sint, gentibus moratioribus tantum non omnibus e republica visum est, rem tanti momenti non permitti priuati cuiusuis arbitrio, sed diuortia, si quando ea fieri oporteret, non nisi auctoribus magistratibus, et ex eorum decreto, fieri. Equidem apud Hebraeos alios fuisse mores, iure quis existimet. Nam libellus repudii non auctoritate iudicum, sed priuatim, adhibitis duobus testibus, vel ab ipso marito, vel ab alio, eius iussu, scribebatur et tradebatur mulieri, & quidem non ex decreto magistratus, sed cum summo consensu, et absque vlla coactione, adeo, ut ea verba ipsi libello inferenda essent, ceu docent formulae apud SCHICKARD. *de Iure reg. Cap. III. theor. IX. p. 184.* BVXTORF. *de Sponsal. et diuort. §. LXXI. p. 78.* SELDEN *de Vxore Hebr. Lib. III. Cap. XXIV. p. 369.* LIGHTFOOT. *Hor. Hebr. et Talmud. ad Matth. V. 31.* Deinde verum quidem est, synedrium aliquando maritos iussisse vxores dimittere, nolentesque flagris et verberibus mulctasse: sed Iudaeorum doctores tam sunt subtili ingenio, ut hoc nihil impedire existiment, quo minus maritus libere agat, qui ad faciendum aliquid, quod fieri lex praecipiat, cogatur. SELDEN. *ibid. Lib. III. Cap. XXV. p. 375.* At nihilominus tamen certissimum videtur, Hebraeos non temere nuncium misisse vxoribus, nisi adhibita vel iudicum vel doctorum, quorum arbitrio stare solent, auctoritate. Nam primum Targum IONATHANIS

NIS *Deut. XXIV. 1.* diserte mōnet, libellum repudii dandum esse SECT. I.
 בֵּית דִּין *in domo iudicii*: quod paraphrasten illum ex gentis suae
 moribus, quales tunc temporis inoleuerant, scripsisse, nemo dubi-
 tauerit. Deinde LIGHTFOOTVS *ibid.* dum Talmudistarum
 praecepta de diuortiis ex instituto recenset, §. 7. obseruat, *uxori*
dimissae licuisse, si visum esset, libellum hunc ad synedrium deferre, ut
ibi inter archina conscriberetur in rei memoriam. Et quamuis id ma-
 gis vtile, quam necessarium visum esse Hebraeis, existimet: id ta-
 men tam certum est, quam quod certissimum, hodiernis Iudaeis
 vix rite repudiatam videri vxorem, cui repudii libellus non adhi-
 bitis aliquot rabbinis traditus fuerit. Ritus enim hodiernos prolixè
 describens IOANNES BVXTORFIVS *Synag. Iud. Cap. XL. p.*
645. sequ. obseruat, omnia geri auspiciis alicuius rabbinì celebrioris,
 cui duo alii rabbinì, totius actionis moderatores, cum scriba ac
 duobus testibus in consilio sint. Primum ergo rabbinum praesidem
 post preces matutinas se sistere ad ostium domus synagogae, facie
 versus orientem conuersa, vno testium dextrum; altero sinistrum
 eius. latus tegentibus, scriba vero cum marito et vxore ante ipsum
 stantibus ac primum ex marito quaerere, an vxori tradere velit li-
 bellum diuortii libera voluntate et sine coactione? an forte voto vel
 iureiurando se ad dandum illum obstrinxerit? an aliquid forte pro
 hoc libello acceperit? an eius forte eum poeniteat? an quidquam
 vmquam dixerit, quod officere huic libello, eumque irritum red-
 dere possit? Deinde et scribam interrogari a praeside, ait, an scri-
 pserit libellum? an in pergamenò mariti? an eius atramento vel ca-
 lamo vsus sit? an eum mariti et vxoris nomine scripserit? et quae
 sunt huius generis alia. Hinc porro rabbinum ad testes, et deni-
 que ad vxorem conuersum permulta eiusdem generis interrogare,
 ac postea libello vxori sollemniter a marito tradito, post longas am-
 bages ad totum coetum proclamare refert: *Ecce Rabbinu Tam et ce-*
teri Gaonaei sub anathematis poena decreuerunt, et sic ego quoque decerno,
ne quis contra hunc libellum repudii quidquam proferat et excipiat: aut, si
quis scrupulum habeat, nunc prodeat, et mihi indicet: Denique eum-
 dem libellum forma crucis discindere, eamque scissuram Iudaeos
 קרע בית דין *scissuram domus iudicii* adpellare. Quum ergo nemo
 ignoret, Iudaeis hodie doctores suos pro iudicibus in his rebus es-
 se, ac veterem illum confesum quem *domum iudicii* vocabant, re-
 praesentare; quis dubitet, quin Hebraeis ad diuortia facienda sem-
 per necessaria visa sit iudicum auctoritas, nec sine ea illi ratam esse
 existimarint rescissionem matrimonii?

SECT. I.

Nec Graeci
aliique
orientales.

III. Multo certius est, apud Graecos, maxime Athenienses, nec viros uxores *dimittere*, (ἀποπέμπειν,) nec uxores maritos *derelinquere*, (ἀπολείπειν) potuisse sine magistratus auctoritate. Nimirum Athenis quoque ex legis praescripto conscribenda erant τῆς ἀπομπῆς ἢ τῆς ἀπολείψεως γράμματα, id est, *libellus repudii*, eaque scriptura non aliter erat rata, quam si archonti traderetur. Quod ideo placuisse Atheniensibus, existimat PLVTARCH. *Alcibiad.* p. 195. ὅπως ἐγγένηται τῷ ἀνδρὶ συμβῆναι καὶ καταχεῖν, ut viro cum muliere colloquendi, eamque retinendi esset occasio: ac proinde idem obseruat, quum Alcibiades, Hippareten, quae ab eo diuorterat, ad archontem vocatus, ibi reperisset, libellum repudii oblaturam, eamque vi raptam e domo archontis per medium forum domum retraxisset, eam vim nemini detestabilem, aut inhumanam visam esse, mulieremque, nemine illam adserere auso, quoad vixerit, apud illum mansisse. Athenis ergo neutri coniugum suo arbitrio diuortere, resque suas sibi habere licebat, sed semper id fiebat cum causae cognitione, interpositoque decreto. Vnde archonti non modo ipsi de causis diuortiorum erat notio, sed et potestas dandi iudices, qui huiusmodi causas cognoscerent: adeoque sine auctoritate archontis adeo non ratum erat vel legitimum diuortium, ut ideo, obiecto diuortio, quaerere soleant oratores Attici: *Dicat, quaeso, apud quem archonta uxor virum repudiavit?* Vid. SIGON. de *Republ. Atheniens.* Lib. III. Cap. I. Apud Spartanos porro tantum abest, ut priuati arbitrii fuerint diuortia ac repudia, ut plane ignota illis fuerint, recteque scripserit NIC. CRAGIUS de *Republ. Laced.* Lib. III. Inst. IX. p. 234. *Eo obtinente instituto, (de communicatione uxorum cum aliis,) diuortium non necessarium, sicut nec voluntarium diuortium Spartaefactum, legimus. Nam quod est apud Herodotum Lib. VI. de Aristone, fecisse eum diuortium, id forte regi tributum, ex quo desiderabatur filius, regnum suscepturus: in aliis non fuisset toleratum.* Equidem de aliis gentibus orientalibus ac Graecis ex PTOLOMAEI *Tetrabibli* Lib. IV. ostendit SELDEN. de *Vxor. Hebr.* Lib. III. Cap. XXII. p. 343. apud eas diuortia facta esse ἐκ τῶν τυχόντων αἰτημάτων, ex causis lemiculis: at inde non sequitur, ut ea facta sint priuato arbitrio, & sine eorum magistratuum, ad quos ea res pertinere videbatur, auctoritate.

Quid iuris
fuerit a-
pud Roma-
nos priscis
tempori-
bus?

IV. Romani quoque, quamdiu castos maiorum mores seruabant, adeo abhorrebant a diuortiis, ut primum Sp. Caruilius Rugam, ob sterilitatem, uxori repudium dedisse ferant, anno ab V. C. D. uti videtur GELLIO *Noct. Attic.* Lib. IV. Cap. III. vel anno DXX.

DXX. vti mauult VALER. MAX. *Lib. II. Cap. I. ex. IV.* vel SECT. I. anno DXXI. vt annorum rationes subducit DIONYS. HALIC. *Lib. II. p. 96.* quamuis non defint, qui cum Plutarcho et Tertulliano sexcentesimo fere anno ab V. C. primum illud Sp. Caruillii diuortium Romae visum esse, contendunt. Nostrum iam non est, tantas componere lites, nec disceptare, primumne fuerit hoc Sp. Caruillii, an prius P. Sempronii Sophi diuortium, quam rem nuper cum adparatu egit D. IO. GVIL. HOFFMANNVS *ad Leg. Iul. de Adult. Cap. I. §. XV.* Vt cumque enim se res habeat, ex eo rectissime colligitur, diu admodum Romani non vidisse diuortii exemplum, illasque infastas matrimoniorum rescissiones tum demum in mores iuisse, quum iam in omne probrum ruerent Romani, virtutisque viam arduam turpiter desererent. Neque id mirabitur, quisquis vetera Romuli instituta paullo accuratius expendere. Primo enim teste PLVTARCHO *in Romulo p. 31.* constituerat, vt mulieri nuptae numquam fas esset deserere maritum, marito autem non alias ob causas toro exigere vxorem, quam ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων, ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ, καὶ μοιχευθεῖσαν. *propter venenum liberis datum, aut clauium subiectionem aut adulterium:* qui aliter eiecisset, eius patrimonium partim vxori cederet, partim Cereri sacrum esset. Vix vero probabile est, in tanta veterum frugalitate castitateque permultas fuisse huiusmodi Medeas, quae sese his criminibus polluerent. Deinde his quoque criminibus aliud multo promptius supererat remedium, ipsis maritis permisum, quippe quibus ius vitae ac necis in vxores vinosas, adulteras, aliisque facinoribus cooptas, leges antiquae dederant. DIONYS. HALICARN. *Lib. II. p. 96.* GELL. *Noct. Attic. Lib. II. Cap. XXIII.* Denique quamuis libera his casibus essent diuortia; tamen non erant priuati arbitrii, nec nisi pontificum auctoritate fieri poterant, quorum auctoritate et ipsae nuptiae fiebant. Auctor sane est FESTVS *sub voce diffarreatio*, hoc sacrificii genere, quod adhibito farreo libo fiebat, inter virum et mulierem factam esse dissolutionem, quia nihil procul dubio tam videretur naturale, quam eodem quidque modo dissolui, quo esset colligatum. *l. 35. D. de Reg. iur.* Hoc vero sacrificium dici non potest, quam triste, quamque difficile fuerit, et quantum illud abominati sint Romani. Diserte enim PLVTARCHVS *Quaest. Rom. p. 276.* de flaminica, quam per confarreationem in manum conuenire oportebat: Οἱ δὲ ἱερεῖς, inquit, παρεγένοντο τῇ τῷ γάμῳ διαλύσει, πολλὰ φρικώδη, καὶ αἰχρόκοτα, καὶ σκυθρωπὰ θεῶντες. *Aderant autem discidio matrimonii sacerdotes, terribilia multa, et inuisitata, et*

SECT. I. *tristia agentes.* Hinc ergo satis manifestum esse arbitramur, antiquissimis reipublicae temporibus et rarissima esse oportuisse diuortia, eaque non nisi auctoritate vel magistratuum, vel pontificum fieri potuisse. Et sane, eiectionis etiam regibus, aliquamdiu sanctam huius instituti mansisse custodiam, vel id argumento est, quod de iustis diuortii causis quaedam in XII. tabulis fuisse, pateat ex l. 43. D. ad Leg. Iul. de adult. et CIC. Philipp. II. Cap. XXVIII. Atqui causae cognitione et decreto opus est, quoties aliquid non nisi ob iustam causam fieri potest.

Quid insequentibus temporibus?

V. Enimvero ita natura comparatum est, ut non consistant exempla, ubi coeperunt, sed longius latiusque euagandi sibi faciant viam, et, quod vni facere licuit, id sibi omnes licere existiment. Id quod et Romae contigisse, animaduertimus. Tam parum enim firma ac stabilis insequentibus temporibus erat consuetudo illa vitae indiuidua, ut saepe numero contingeret, quod ait IUVENALIS Sat. VI. v. 20.

Sic sunt octo mariti

Quinque per auctumnos.

Et quod Martialis Lib. VI. Epigr. VII. de Thelesina conqueritur:

Aut minus, aut certe non plus, tricesima lux est,

Et nubit decimo iam Thelesina viro.

Siue enim querelarum quid cum focu haberet mulier, siue pecuniosiore opus videretur coniuge, siue aliqua ruga in facie deprehenderetur, siue alias diuturnae pertaesum esset consuetudinis, aut ipsa mulier faciebat diuortium sine causa, ceu Paullae Valeriae docet exemplum apud CICERONEM Lib. VIII. ad Familiar. Epist. VII. aut libertus, iussu mariti ferale incipiebat carmen, quod est apud IUVENAL. Sat. VI. v. 140.

Collige sarcinulas, dicit libertus, et exi.

Iam grauis es nobis, et saepe emungeris, exi

Ocyus, et propera: sicco venit altera naso.

Sic tanta erat apud Romanos diuortendi licentia, ut mariti et uxores non tam consulum, quam vxorum maritorumque nominibus computarent annos suos, et nuptias diuortii; diuortia nuptiarum causa facere viderentur. vid. SENECA de Benef. Lib. III. Cap. XVI. Quumque Iuuenalis, Martialis, Seneca, quibus adhuc denunciauimus testimonium, multo post Augustum vixerint, quem diuortiis modum imposuisse, scribit SVETON. Octau. Cap. XXXIV. quanto maiorem sibi ciues ante eius tempora licentiam sumserint, facile est ad intelligendum. Itaque satis constat, ab eo tempore, quo

quo effraenis illa diuortendi licentia inualuerat, ad Augusti vsque **SECT. I.** imperium vix esse magistratus auctoritatem adhibitam in dissoluendis matrimoniis.

VI. At ex quo Augusto, vti praemonuimus, e republica visum est, modum imponi diuortiis: res paullo aliter sese habere coepit. Quamuis enim, quid lege Iulia de adulteriis, nec non Iulia et Papia de diuortiis sanxerit, non adeo certum sit, praeterquam quod illa cautum esse sciamus, vt ad diuortium faciendum septem ciues Romani puberes, praeter libertum eius, qui diuortium fecerit, adhibeantur, et quod secus factum esset diuortium, ratum non esset: *Modus diuortiis paulatim impositus, et primum quidem ab Augusto requisita est iudicis auctoritas.* *l. 9. D. de Diuort.* hac vero, ne diuortii faciendi potestas libertae, quae nupta sit patrono, quamdiu is eam vxorem esse velit, neue, inuito illo, alii nubendi potestas esset. *l. ult. pr. D. eod. l. 45. pr. D. de Ritu nupt. Conf. CL. HOFFMANN. ad Leg. Iul. de adult. Cap. V. §. VIII. et Ill. HEINECC. Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Lib. II. Cap. XII. p. 245.* tamen vix dubitandum videtur, quin et alia in ista lege fuerint, veluti vt diuortia legitimo ritu facta in acta referrentur, iisque adeo accederet magistratuum auctoritas. Id saltem colligere mihi videor ex insigni loco **SENECAE de Benef. Lib. III. Cap. XVI. Quia vero nulla sine DIVORTIO ACTA sunt: quod saepe audiebant, facere didicerunt; Et IUVENALIS Sat. II. v. 136.**

Fient ista palam, cupient et in ACTA referri.

Vnde recte **LIPSIVS** ad *Lib. V. Annal. Taciti* p. 231. vbi insignis est excessus de actis publicis: *De matrimoniis, inquit, diuortiisque clarum est, in ACTA relatum fuisse propter praemia poenasque legum.* Addit vir doctissimus, videri id et ante legem Iuliam Papiamque fieri consueuisse, idque probat ex loco Ciceronis supra adducto: *Paulla Valeria soror Triarii, diuortium sine causa fecit, nuptura est D. Bruto: nondum RETVLERAT:* quamuis ibi dubia quodammodo sit lectio, ac proinde ipse Lipsius in margine subsistat, annon cum Pantagatho legendum sit: *mundum retulerat:* eamque sententiam et **FVLVIO VRSINO** et **PAVLLO MANVTIO** in notis ad hanc Ciceronis Epistolam placere videam. Vt cumque vero hic Ciceronis locus a viris eruditis accipiatur, ex reliquis saltem intelligimus, post Augusti tempora in acta referri coepisse diuortia, nec multum nostra referre arbitramur, ab ipsone Augusto, lege Iulia de adulteriis vel Papia Poppaea, id constitutum sit, an consuetudine et tacito populi consensu, vti fieri solet, inoleuerit.

VII. Multo magis auctoritate publica illa matrimonii discidia fieri, *Postea et ab insequentibus principibus.*

SECT. I. fieri, ceu videtur, oportuit ab eo tempore, quo principes non ob quamcumque etiam leuissimam causam diuortia fieri passi sunt, sed quasdam tantum, easque solas, sufficere voluerunt. Exstant sane huiusmodi constitutiones CONSTANTINI M. l. 1. *Cod. Theod. de Repud.* HONORII et THEODOSII l. 2. *Cod. Theod. cod.* THEODOSII et VALENTINIANI l. 8. *C. de Repud.* ANASTASII l. 9. *C. cod.* ac postremo ipsius IVSTINIANI l. 10. l. 11. *C. cod. Nouell. XXII. Cap. VI. sequ. Nouell. CXVII. Cap. VIII. sequ. Nouell. CXL. Cap. I.* Non iam vacat eas causas recensere accuratius. Fecerunt id iam alii, et ipsae leges, in medio positaе, satis ostendunt, nondum hos Imperatores, quantumvis Christianos, existimassee, ob solum adulterium et malitiosam desertionem diuelli posse coniuges, multoque minus illos eam tum imbibisse sententiam, quod post diuortium saluum sit connubiale vinculum, ac proinde separati ad nouas nuptias animum adiacere non possint. Nos id tantum addimus, quum antea non in diuortiis, bona vtriusque gratia factis, sed in eo, quod coniux, coniuge altero inuito, fieri vellet, opus esse videretur causae cognitione, magistratuumque decreto, idque satis probari possit loco elegantissimo OVIDII *de Remed. amor. v. 669. sequ.*

Tutius est, aptumque magis DISCEDERE PACE,

Quam petere a thalamis LITIGIOSA FORA.

Munera, quae dederas, habeat sine lite, iubeto:

Esse solent magno damna minora bono.

postea, ex quo diuortia tantum ob certas causas, legibus definitas, permitti illaque repudia bona gratia facta plane prohiberi coeperint, id vix umquam fieri potuisse sine causae cognitione ac interposito decreto. Nam l. 8. *C. de Repud.* quam a sequentibus Imperatoribus probari animaduertimus, aliquoties repetitur, causas illas legitimas esse probandas: veluti §. 2. *Si suae vitae veneno, aut gladio, aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ingenuis aliena sunt, adficiantem PROBAVERIT, tunc repudii auxilio uti necessario permittimus libertatem, et causas disfidii legibus comprobare.* Et §. 3. *Si sibi veneno, vel gladio, aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam, seu falsitatis se crimini immiscentem inuenerit, aut manus audaces sibi PROBAVERIT ingerentem: tunc enim, ei necessario discedendi permittimus facultatem, et causas disfidii legibus comprobare.* Probanda itaque erat causa diuortii: et cui alii, quaeso, quam magistratui, ad quem ea res pertinebat? Probatione vero adimpleta, decretum quoque interponi oportuit, ut publi-

blice constaret, coniuges rite et ex legum praescripto diuulsos esse: SECT. 1.
ex quo sane manifesto consequitur, ut iure Romano nouissimo non
aliter facta esse diuortia, dicamus, quam auctoritate magistratuum.

VIII. Et haec quidem sunt veterum Romanorum principia de Canoni-
starum de
diuortio
principia.
diuortiis, quibus ex parte repudium dederunt canonistae, quia ma-
trimonium pro sacramento habere coeperunt, et quidem pro tali,
quod baptismo simile esset, ac proinde characterem haberet indele-
bilem. Hinc INNOCENTIVS Papa III. Cap. 7. X. de Diuort.
*Et si matrimonium verum inter infideles existat: non tamen est ratum. In-
ter fideles autem verum et ratum existit, quia SACRAMENTVM*
fidei, quod semel est admissum, numquam amittitur, sed ratum efficit
coniugii SACRAMENTVM, ut ipsum in coniugibus, illo durante,
perduret. Et HINC MAR. Epist. XXXVII. Cap. VIII. Tom. II. Hinc
liquide demonstratur, sicut semel acceptum baptismi sacramentum, quo
quisque fidelis in unitate catholicae ecclesiae Christo incorporatur, postea nul-
la interuentione causae amittitur: sic et vinculum coniugale, legaliter et
nuptialiter celebratum, indissolubiler manet connexum, licet fornicationis
causa vel quacumque de causa videatur separatum. Eo ergo adsumto
principio, fieri non potuit, quin statuerent, et indissolubile esse ma-
trimonii vinculum, et, si quando expediat, coniuges, quod ad to-
rum et mensam attinet, segregari, id nec sine causae cognitione,
nec sine decreto iudicis ecclesiastici, fieri oportere: *can. 2. causf.*
33. quaeft. 2. ac proinde coniugem, priuatim ab altero inuito diuer-
tentem, tamquam spoliatores compelli posse, ut ad coniugem re-
uertatur. *c. 8. X. de Restit. spol.* Etiam si ergo ob grauissimas causas
diuortium decernere soleant dicasteria ecclesiastica, veluti ob adulte-
rium: *c. 1. 5. causf. 33. qu. 7.* furorem: haeresin: *c. 2. X. de Diuort.*
c. fin. X. de Conuers. coni. saeuitiam: *c. 1. 2. X. de Diuort.* et nefandam
Venerem: *c. 2. causf. 32. qu. 7.* numquam tamen his casibus ita dissol-
ui existimant matrimonium, ut matrimonium esse desinat, vel con-
iugi innocenti fas sit, ad secunda vota transire, nisi coniugi antea
infideli, postquam christianam religionem amplexus est, cohabitare
nolit coniux. *c. 1. et 7. X. de Diuort.* Et tamen pro piaculo habent,
et a toro et mensa communi separari coniuges sine auctoritate iu-
dicis ecclesiastici. Verum equidem est, haec decreta pontificum,
ex Augustini potissimum doctrinis hausta, initio parum ponde-
ris habuisse in Germania, (ceu demonstraui, Ill. HEINECCIUS
Elem. iur. Germ. Lib. I. §. CCCXXXII. sequ.) immo in Gallia ho-
dientum has causas non ecclesiastico, sed ordinario iudici saecula-
ri, vindicari: HERICOVRT *des Loix eccles. dans leur ordre na-*
tur.

tur. p. 427. at plerisque tamen locis omnis ea de re cognitio ad iudices ecclesiasticos pertinet, quibus iuris canonici placita accurate seruanda sunt, postquam cecidit fulmen patrum Tridentinorum *Sess. XXIV. Can. VII.*

*Praxis
protestan-
tium.*

IX. Ita pleraque iura in eo conueniunt, quod diuortia non aliter, quam publica iudicis competentis auctoritate, fieri iubent: vt nihil superesse videatur, quam vt de iure hodierno, quod inter protestantes obtinet, solliciti simus. Diuortium hi fecerunt a canonistarum principiis, non solum circa quaestionem, an matrimonium sit sacramentum? quam theologi omnes, quotquot puriori ecclesiae nomen dant, veluti ex compacto negant: verum etiam circa effectum ipsius diuortii, quo et vinculum matrimonii ob *πορνεύειν* solui, merito contendunt. Dudum enim viderunt, verba Christi *Matth. V. 31. XIX. 3. sq.* manifesto continere exceptionem a regula, quod *matrimonium sit indissolubile, et separatus ad novas nuptias sine adulterii labe promouere non possit.* Ex natura autem exceptiuae propositionis non alius potest sensus erui, quam matrimonium dissolubile esse ob *πορνεύειν*, adeoque coniugem innocentem ab altero ideo diuertentem, si vel maxime ad secunda vota transeat, adulterii non esse reum. Denique, latius patere illum *λόγον πορνείας*, cuius Christus facit mentionem, quam vt solum adulterium denotet, quidam erudite obseruarunt, SELDEN. *de Vx. Hebr. Lib. III. Cap. XXIII.* BVXTORFF. *de Sponsal. et diuort.* et quamuis alii negent, Christum vocabulum sensu tam laxo accepisse, quem ei Seldenus tribuit: non negant tamen, praeter adulterium et malitiosam derelectionem et ob alias causas praegnantem, et quaelibet facinora, fini et naturae matrimonii contraria decerni posse diuortia, ita tamen, vt alii aliter hac de re philosophentur. Ill. BOEHMER. *Iur. eccl. protestant. Lib. IV. tit. XIX. §. XXVII. seq.* Sane et IVS HAMBVRGENSE *P. II. tit. XI. art. VIII.* praeter adulterium et malitiosam desertionem pro iusta diuortii causa admittit et impotentiam, quamuis ob eam, si dicendum quod res est, non tam dissoluendum, quam nullum declarandum videatur matrimonium, si antequam nuptiae fierent, eo vitio laborasse coniugem, constet; LINCK. *Comment. ad tit. de frigid. et malefic. §. III. IV.* STRYCK. *ad Brunnem. Ius eccles. Lib. II. Cap. XVII. §. VII.* superuenientem autem ad diuortium sufficere plerique negent, dubitante licet ZIEGL. *ad Lancellot. Lib. II. tit. XII. §. X.* Quamuis vero non eadem sit omnium de causis diuortiorum sententia, nec quemquam esse arbitrer, quin controuersiae super ea re inter KEYSERVM, IO. MICH. LANGIVM, MEN-

MENKENIVM aliosque agitatae, satis meminerit, quam quidem litem ego meam non facio: de eo tamen inter omnes convenit, quod nemini fas sit, suo arbitrio secedere a coniuge, multoque minus alium aliamue recipere in torum, sed vtrumque, publica auctoritate, et praeuia causae cognitione, et iudicis decreto interposito, fieri oporteat. Quod multis argumentis rerumque iudicatarum exemplis probant CARPZOV. *Iurispr. Consistor. Lib. II. def. CCVII.* et alii, idque etiam ad casum, si quando notorium sit alterius coniugis adulterium, proferunt, Ill. WERNHER. *Observ. select. forens. Vol. IV. Part. V. Obs. CXXIV.* RICHT. *Decis. LXXXVIII. n. 1.* nec non si ipsi coniuges super dissolvendo matrimonio transegerint, licet vel maxime iureiurando firmata sit illa transactio. Ill. LEYSER. *Meditat. ad Pandect. spec. XLVII. medit. V.* Sane enim coniux sine offensione aliorum vix ad secunda vota prorueret, nisi vinculo illo arctissimo, quo coniugi iunctus est, solutus. Solui autem non censetur ipso iure, quamvis id contra Bachouium et Wissenbachium multis argumentis adstruat HVBERSVS *Praelect. ad Pand. Lib. XXIV. tit. II. §. XV.* sed per iudicis sententiam, seu vt IVS HAMBVRGENSE *Part. II. tit. XI. art. IX.* loquitur, *auff beschehene gerichtliche Erkenntnis.* Quod saltem in Germania inter protestantes ubique observari, satis constat, adeo vt vix putem, illum id impune laturum, qui non expectata iudicis competentis sententia nuncium mittere uxori adulterae, et aliam domum ducere non dubitet.

X. Progredimur ad SEPARATIONEM A TORO ET MENSA, quam vocant, qua quidem non vinculum matrimonii, sed cohabitatio, qualem alioquin esse decet inter coniuges, dissolvitur, si quando causa non sufficiat decernendo diuortio, in primis vero si tanta sit alterutrius saevitia, vt vitae suae alter metuat. Hanc separationem non ex iure civili deriuandam existimamus cum BROV- WERO *de Iure connub. Lib. II. Cap. XXIX.* quum loca ex *l. 32. §. 13. D. de Donat. inter vir. et vxor.* et *l. 15. D. Rer. amot.* de voluntaria separatione loquantur, haec vero separatio saepe parte alterutra inuita decernatur. Eam enim potius e iure canonico retinuisse protestantium curias ecclesiasticas, eo minus dubium videtur, quo certius constat, omne diuortium, praeterquam si infidelis fidelem coniugem deserat, canonistis nihil aliud esse quam dissolutionem τῆς συνοικίας, seu separationem a toro et mensa. Quamvis enim recte nostrates reiecerint hanc sententiam, si ob πορνείαν diuellerentur coniuges: eam tamen separationem retinendam putarunt, quoties par male conciliatum durare non potest in individua vitae consuetudine, nec tamen causam

Natura
separatio-
nis a toro
et mensa.

iustam diuortii potest adlegare. Tunc enim ad euitandum maius periculum praestat, vtrique permitti, vt res suas sibi aliquamdiu habeant, quam alterutrum alterius iniuriis quotidianis et intolerabili saeuitiae exponi. Enimuero ne id quidem, nisi auctoritate publica, fieri posse, omnes largiuntur. Tanto magis enim haec exigitur, quanto plures incidere solent quaestiones, a iudice definiendae, veluti: an non in gratiam reduci possit par tam male compositum? an maritus, et qualia vxori alimenta debeat? an eo onere supersedere possit, reddita dote reliquisque, quae vxor intulit, bonis? denique an ipsa causa, ob quam diuelli a tori consorte alteruter cupit, alicuius momenti sit? *Saepe enim*, vti eleganter ait HVBERSVS *ibid.* §. XIX. *usu venit, vt mulieres querelam instituant, sicut in Menaechmis Plauti matrona:*

*Pater, viuere hic non possum, neque durare ullo modo,
Proin tu me hinc abducas.*

vt tamen examinatis causis, vti illie, tales minime reperiantur. Quum igitur haec omnia ita comparata sint, vt tribunal et causae cognitionem exigant: consequens est, vt sine iudicis decreto atque auctoritate fieri non possit illa separatio, CARPZ. *Iurispr. consistor. Lib. II. def. CCXI. et Iurispr. for. Part. III. Const. XXVI. def. XVI. n. 3. et sequ.* et hinc mandatis poenalibus aliisque mediis ad *συνοικίαν* compelli possit coniux, qui ab altero priuato arbitrio secescit: nisi id forte factum sit a coniuge innocente, qui adulterii accusationem molitur, et eo quidem consilio, ne condonasse hoc probum videatur adulterae. Id enim quum permittente lege fiat, l. 14. §. 2. l. 30. §. 1. D. l. II. l. 30. C. ad Leg. Iul. de adult. sine decreto atque auctoritate iudicis fieri posse, nemo non intelligit. PHILIPPI *Vs. pract. Inst. Lib. I. tit. X. ecl. LIV. n. IX. Ill. WERNHER, Obs. Pract. Part. VI. Obs. CCCXXV. p. 534.*

CAP. IV.

DE AVCTORITATE IUDICIS
CIRCA ADOPTIONEM ET VNIONEM PROLIVM
NECESSARIA.

§. I. *Alumnorum et adoptiuorum differentia praecipua.*

II. *Adoptio an priuata auctoritate facta apud Hebraeos?*

III. *An apud Graecos?*

IV. *Quid apud Romanos obseruatum in adrogationibus?*

V. *Quid in adoptionibus?*

VI. *Quales fuerint veterum Germanorum adoptiones?*

VII. *An eae et hodie in usu sint?*

VIII. *Eae sunt ritibus iure Romano praescriptis.*

IX. *Vnio prolium an species adoptionis?*

X. *Eam fieri oportet auctoritate iudicis.*

Alumnorum et adoptiuorum differentia praecipua.

§. I. Ad iura personarum vel maxime etiam pertinent
ADO-

ADOPTIONES, quibus quidam aequiparant VNIONEM PROLIVM, Germanis non ignotam: quae, quum ipsae quoque vix subsistant sine auctoritate iudicis, sicco pede hic non videntur praetereundae. Equidem apud omnes peraeque gentes receptum fuerat, vt tum alienos liberos, tum alias personas sui iuris in familiam adsciscere, easque liberorum loco habere, alere, instituere, bonisque imbuere litteris vel arti adsuefacere liceret, neque ad id vel causae cognitione, vel decreto iudicum, opus esse videretur. Sed hi *alumni* magis sunt, quam *adoptini*, neque illa priuata adoptio vllum effectum ciuilem, qui aliquin adoptionibus rite factis per leges tribui solet, sortitur. Ill. LEYSER. *Meditat. ad Pand. IV. Specim. XX.* Talis erat paruula illa, de qua Thais apud TERENCE. *Eunuch. Act. I. Scen. II. v. 36.*

Mater ubi accepit, coepit studiose omnia

Docere, educare, ita, vt si esset filia.

Sororem plerique esse credebant meam.

Hoc omne priuatim, nulloque auctore, actum transactumque esse, nemo dubitauerit. At aliter comparata est adoptio, quam, quia ei filii iura omnia tribuit, qui natura talis non est, *pr. Inst. de Adopt.* gentes pleraeque non nisi auctoribus magistratibus, variisque adhibitis sollemnitatibus, quas eleganter exposuit V. C. EV. OTTO *Iurispr. Symb. Exerc. III. Cap. I. sequ.* fieri voluerunt, vt eo facilius ab alumno adoptiuus, tamquam iustus ac legitimus filius, discerneretur.

II. Equidem, quod ad Hebraeos attinet, adoptiones priuatim factas esse, existimare posses, ob ea, quae tradit SELDENVS *de Success. Hebr. Cap. IV.* solitos nimirum esse Hebraeos aliquem ex seruis familiaribus censitum, vel ex ancilla susceptum, filium sibi adserere, et tunc eum omnibus filii legitimi iuribus gauisum, adeo vt et adoptantis vxorem a leuiri nuptiis liberaret. Quod ratum fuisse etiam sine iudicum auctoritate, vel ex eo patet, quod Talmudistae diserte aiunt, *ei, qui adseruerit quem sibi filium esse, fidem omnino esse habendam.* Enimuero, quamuis hunc aliosque modos adsciscendi liberos pro adoptionibus venditet SELDENVS: eae tamen id nomen vix merentur, quum potius vernam istum herus ex se natum, adeoque naturalem filium esse fateretur, adeoque id tantum caueant Hebreorum leges, vt adseuerationi isti patris abscesse crederetur, quale quid in ipso iure Romano, *Non. CXVII. Cap. II.* deprehendimus, vbi IVSTINIANVS sancit, *vt, si quis filium aut filiam habens de libera muliere (apud Hebraeos etiam de ancilla,) dicat in instrumento, siue publica, siue propria manu conscripto, et habente subscriptionem trium testium fide dignorum, siue in testamento, siue in gestis monimentorum, hunc aut hanc fi-*

*Adoptio
an priuata
auctoritate
facta apud
Hebraeos.*

lium suum esse, aut filiam, et non adiecerit naturalem: huiusmodi filii sint legitimi, et nulla alia probatio ab iis quaeratur, sed ii omni fruuntur iure, quod legitimis filiis Romanae conferant leges. Quemadmodum ergo ratio procul dubio fugeret eos, qui inde nouam adoptionis vel adrogationis, per instrumentum vel testamentum factae speciem exsculperent: ita non minus falli videtur Seldenus, qui hanc patris adseuerationem pro adoptione venditat, quum potius ex illa tantum praesumptio iuris et de iure nasceretur, aliquem esse filium. Enimvero quum de veterum Hebraeorum adoptionibus omnia incerta, et nimium quantum obscura sint: iis immorari nolo, id modo obseruans, hodie Iudaeos non priuatim adoptare, sed coram *rabbino* vel *parnoso*, suo, quem vocant, et conuocatis testibus, adhibita ea sollemnitate, qua et in aliis contractibus negotiisque alicuius momenti vti solent, puta *tactu sudarii*, quem ipsi Germanice vocant: *den Mantel-Griff*: de quo ritu adoptionis Iudaicae per tactum sudarii, vulgo non satis cognito, ex antiquitatibus Iudaicis disseruit Vir Ill. IO. GOTTL. HEINECCIUS in *Diario Halensi*, (in den wöchentlichen Anzeigen) anno MDCCXXXIII. num. XXXVII.

An apud
Graecos?

III. Certius est, Graecos non passos esse quemquam adoptare, nisi auctoritate iudicis, neque eos ratam habuisse *ὑιοθεσίαν*, nisi sollemniter apud eum, apud quem illa legis actio erat, factam. De Lacedaemoniis fane auctor est HERODOTVS *Lib. VI.* eos hanc legis actionem regibus suis referuasae. *Ἡν τις θετὸν παῖδα ποιεῖσθαι ἐθέλη, βασιλέων ἐναντίον ποιεῖσθαι. Si quis sibi filium adoptiuum facere vellet, ut id coram rege faceret.* Nec magis apud Athenienses adoptiones quasdam publica auctoritate fieri oportebat. Quasdam inquam, quia duorum generum adoptiones apud illos in vfu erant, alterum *κατὰ διαθήκας*, per testamentum; alterum *inter viuos*. Prior adoptio priuatim fiebat, sicut ipsum testamentum, nec quidquam praeterea requirebatur, quam vt moribundus, liberis legitimis destitutus, supremo iudicio suo filium aliquem adscisceret, eumque bonorum suorum, siue ex asse, siue pro parte, heredem scriberet. Posteriori autem permultae accidebant sollemnitates, quas accuratissime descripsit ISAEVS *Orat. VI. de Apollodori hereditate p. 486.* Refert enim Apollodorum, inter viuos adoptaturum Thrasylum, ipsis Thargeliis illum ad templa et delubra Deorum ad gentiles et tribules duxisse, additque, fuisse hunc illis morem, qui filium aliquem adscituri essent, vt fidem facerent per sacra, illum ex eius femina, et legitime natum esse: tunc vero adoptiui nomen, si ita visum esset gentilibus et contri-
bulibus *ἐἰς κοινὸν γεγραμμένον*, in codicem publicum fuisse referendum, id-

idque etiam factum esse in Thrasylli adoptione, quippe qui, Apollodoro fidem per sacra praestante, communi omnium calculo inscriptus sit codici publico: THRASYLLVS APOLLODORI FILIVS. Ex quibus sane patet, ne Athenienses quidem adoptare potuisse viuos, nisi inter sacra, et nomine adoptiui in publicos codicillos relato, adeoque publica auctoritate. Vnde et ipse ISAEVS initio istius *Orationis VI. p. 479.* miratur, Thrasylo status fieri quaestionem, quum non per testamentum eum adoptarit Apollodorus, sed *ζῶν καὶ εὐφρονῶν, καὶ ἐπὶ τὰ ἱερὰ ἀγαγὼν, εἰς τὰς συγγενεῖς ἀποδείκνυν, καὶ εἰς τὰ κοινὰ γραμματεῖα ἐγγράφων, ἅπανθ', ὅσα προσήκειν ποιήσας, viuens et mentis compos, ad templa ducens adoptiuum, eumque inter cognatos ostendens, et in publicis codicillis scribens, omnibus, quae fieri decebat, accurate obseruatis.* Quae quidem iam de Graecorum adoptionibus dicta sufficiant.

IV. Iam vt ad Romanorum adoptiones progrediamur: de iis ne dubitari quidem potest, quin inutiles fuerint sine auctoritate vel summae potestatis, vel magistratum. Actum, quo in filii vel nepotis locum adscisceretur homo sui iuris, dictum esse ADROGATIONEM; quo filiusfamilias in familiam et sacra aliena transiret, ADPTIONEM, tam notum ac peruulgatum est, vt id vel monere superuacuum videretur. Nostrum vero est, paucis ostendere, neutrum actum potuisse sine superiorum auctoritate explicari. Et ADROGATIO quidem tanti res momenti videbatur Romanis, vt ad eam ne magistratus quidem vllius imperium sufficere videretur, sed ipsius populi, rerum omnium arbitri, immo et pontificum necessaria esset auctoritas. Rem fusius descripserunt CICERO *pro Domo Cap. XXIX.* et GELL. *Noct. Attic. Lib. V. Cap. XIX.* Hinc peragenda erat in comitiis, rogato sollemniter populo, *velitne iubeatne, vt Lucius Titio tam sit iure legeque filius, ac si ex eo matreque eius familias natus esset, utque ei vitae necisque potestas in eo esset?* cuius formulae rogandi praeter auctores veteres paullo ante laudatos meminit etiam PROCVLVS *l. 44. D. de Adopt. et emanc.* Hinc adoptiones *per legem curiatam* apud TACIT. *Hist. Lib. I. Cap. XV.* DION. CASS. *Lib. LV.* et alios, quia vere fiebat per legem, curiarum suffragiis perlatam, quippe quo nomine Romanis veniebat, quidquid vniuersus populus senatorio aliquo magistratu rogante constituisset. §. 4. *Inst. de Iur. nat. gent. et cin.* Quin tantum abest, vt adrogatio priuatim facta rata esset, vt et ii, qui testamento in nomen familiamque aliquam adsciti erant, non consequerentur familiae iura, nisi adrogatio illa lege curiata firmaretur. Quod Augustum fecisse, testamento Iulii Caesaris adrogatum,

Quid apud Romanos obseruatum in adrogationibus?

SECT. I.

testatur APPIANVS *de Bell. civ. Lib. III. p. 586.* Hinc et feminae nec adrogare, nec adrogari poterant iure vetere, quia non erant participes iuris comitiorum, sine quo non intelligebatur adrogatio, GELL. *ibid.* Cur vero populum ideo rogari voluerint veteres, facile intelligitur. Neque enim in eo quaerenda est ratio, quod veteres lubricum aetatis fraudibus exponi nollent, sed quod minuerentur capite, qui se adrogari paterentur: de capite vero ciuis Romani, nisi per maximum comitiatum, ferri non posset. CIC. *de Leg. Lib. III. Cap. IV.* Quamuis vero iure suffragii priuaretur populus, ex quo comitia e campo in curiam transferebantur: TACIT. *Annal. Lib. I. Cap. XV. l. 2. §. 9. D. de Orig. iur.* satis diu tamen mansit mos adrogandi per legem curiatam, ceu patet ex TACITI *Annal. Lib. XII. Cap. XXVI. Hist. Lib. I. Cap. XV.* Siquidem et Claudius eo usus est, adrogaturus Neronem, et Galba profitetur, se, si priuatus esset, adrogaturum Pisonem lege curiata. At demum quum iam principem ferre didicissent Romani, et Imperatores omnem senatus populiue potestatem, ipsaque magistratuum et pontificis maximi munia ad se traxisent sub nomine principum: vix amplius necessaria videbantur populi suffragia, pontificumque auctoritas, sed pro vtrisque fungebatur principis rescriptum, quo adrogatio et concedebatur et confirmabatur. *l. 2. pr. D. de Adopt.* Itaque iam ipsius principis auctoritas requiri coepit, non a temporibus Diocletiani, ceu ex *l. 2. C. de Adopt.* collegit MARCILIVS *ad §. 1. Inst. de Adopt.* sed multo ante, vti videre licet ex *l. 21. et l. 38. D. cod.* vt suffragari non dubitem SCHVLTINGIO, qui in *Iurispr. vet. ante Iustin. p. 589.* a temporibus Galbae hunc adrogationis ritum inoleuisse censet. Quum vero semel admisa esset haec mutatio: iam non absurdum amplius videbatur, et feminas adrogari, et pupillos, et totum istum ritum extra Romam etiam explicari, quum antea Romae tantum rectae fierent adrogationes, VLP. *Fragm. tit. VIII §. IV.* Iam enim Roma esse videbatur, vbi Imperator erat, HERODIAN. *Lib. I. Cap. VI.* omnesque defectus, quos ius antiquum non tulisset, facile supplebat principis AVCTORITAS *l. 38. D. de Adopt.*

Quid in
adoptioni-
bus?

V. Multo minus priuato cuiusuis arbitrio relinquendae videbantur ADOPTIONES filiorum filiarumque familias, in quibus ipsa analogia iuris magistratuum imperium auctoritatemque exigere videbatur: non quod iuri naturae quodammodo refragari viderentur adoptiones, patre sese officio patris abdicante, vti post TERTVLL. *Apol. Cap. IX.* existimauit GROTIUS *de Iure bel. et pac. Lib. II. Cap. V. §. II.* sed quod liberi tamquam res Mancipi essent in dominio Qui-
ri-

ritario patrum, ac proinde ab his non nisi eodem modo, quo reliquae res Mancipi, recte alienarentur. V. A. CORN. van BYNKERSH. *de Reb. Mancipi Cap. V. p. 116. et de Iure occid. liberos Cap. I. p. 145. sq.* Quumque rerum Mancipi abalienatio potissimum fieret per Mancipationem: eodem modo et liberos alienari dominiumque eorum in alios transferri posse existimabant. Hinc adoptiones per aes et libram, seu per trinam venditionem imaginariam, adhibitis non minus quam quinque testibus, ciuibus Romanis, et libripende factae, quem ritum iam alii accuratius descripserunt. Quamuis vero aliquando domi fieret huiusmodi adoptio, quemadmodum Augustus, teste SVETONIO *Aug. Cap. LXIV. Caium et Lucium DOMI adoptauit per aes et libram, emtos a patre Agrippa*: non tamen id fiebat sine auctoritate magistratus alicuius, apud quem erat legis actio. l. 4. *D. de Adopt. VLP. tit. VIII. § I. GELL. Noct. Lib. V. Cap. XIX.* Neque magistratum talem interesse ei negotio sufficebat, sed eundem et addicere oportebat filium, hoc ritu emtum ei, qui adoptauerat. Quemadmodum enim pater naturalis eum IN IVRE CEDEBAT, adoptans VINDICABAT: GELL. *ibid.* ita magistratus eundem ADDICEBAT adoptanti. Id enim in omnibus in iure cessionibus obseruatum esse, diserte monet CAIVS, iureconsultus in fragmento apud BOETH. *Lib. III. ad Cicer. Top.* Nihil ergo hic explicari sine magistratuum auctoritate poterat. Et quamuis IVSTINIANVS veteres illos circuitus, emancipationes, ac manumissiones, correxerit sustuleritque in adoptionibus: l. ult. *C. de Adopt.* tantum tamen abest, vt eas priuatum, et sine magistratuum auctoritate, fieri passus sit, vt eadem lege parentem, qui liberos in potestate sua constitutos, in adoptionem dare desideret, ACTIS INTERVENIENTIBVS APVD COMPETENTEM IUDICEM manifestare consilium adoptandi, iusserit, eamque adoptionem, iudicis auctoritate factam, tum demum ratam esse voluerit, si et praesens adoptans consentiat, nec filius adoptiuus contradicat.

VI. Vt vero iam ad Germanos meos, tamquam e diuerticulo, redeam, eos antiquissimis temporibus non ignorasse adoptiones, satis constat. In eorum enim legibus aliisque monumentis vetustioribus passim memorantur adoptiones *per arma, per comam et capillum, per tectam et resectam barbam, per baptismum, per catechismum, per confirmationem, mitram, mantum, poenitentiam*, de quibus consuli poterit V. C. EV. OTTO *Iurispr. Symb. Exerc. III. Cap. VII. et VIII.* Enimvero omnes has adoptiones non ad acquirendam patriam potestatem, nec ad consequendam hereditatem, sed vel ad honorem aliquem filio adoptiuo habendum vel ad religionem pertinuisse, nouimus, rarissi-

Quales fuerint veterum Germanorum adoptiones?

SECT. I.

maque exstant eorum exempla, qui extraneos vere ac serio in familiam adsciuerint. Ill. HEINECC. *Elem. iur. Germ. Lib. I. §. CLII. sequ.* Quare his iam eo minus immoramur, quo minus mirandum videtur, si veteres huiusmodi actus, nullum effectum civilem habituros, sine iudicis auctoritate susceperint. Id vero hic non videtur praetermittendum, fuisse, qui adoptionem veram reperisse se existiment partim in *Lege Langob. Lib. II. tit. XVI.* veluti clariss. POLAC in *Iurispr. Germ. Lib. I. Cap. XI. §. IV.* partim in *iure Sax. prom. Lib. II. art. XXX.* Ex quo posteriore loco eam iuris Romani et Saxonici differentiam eliciunt iureconsulti Saxonici, quod illud non requirat tribunal, hoc illud omnino requirat. REINHARD. *Diff. iur. cin. et Sax. Part. I. diff. LI.* PHILIPPI *Vf. pract. Instit. Lib. I. ecl. LXXIII. n. V.* HOPP. *Comment. ad Inst. p. 108.* Sed ut iam non dicam, illud ex articulo isto iuris Saxonici, si vel maxime de adoptionibus ageret, vix colligi posse: ipsa sane et legis Langobardicae et iuris prouincialis Saxonici verba sine vlla ratione ad adoptionem trahuntur, quum utrobique nec filii familias mentio fiat, nec ipsius adoptionis vel vola occurrat, vel vestigium, sed vterque locus pertineat ad pacta successoria, seu traditiones rerum hereditariarum inter viuos, quales et olim sine adoptione fieri potuisse, et hodiernum posse, extra omnem dubitationis aleam positum est. Ill. HEINECC. *ibid. §. CLIV. in Schol.*

An adoptio et hodie apud Germanos in usu sit?

VII. Attamen ideo non existimandum est, adoptiones hodie plane ab usu recessisse, multo minus credendum GVDELINO *Iur. nouiss. Lib. I. Cap. XIII.* VINNIO *ad pr. Inst. de Adopt.* GROENW. *de Legib. abrog. ad pr. Inst. et tit. C. de Adopt.* GREG. THOLOSANO *Syntagm. Iur. Lib. I. Cap. VI.* si quando hodie vel homines sui iuris, vel filii familias in familiam ab aliquo adsciscantur, hos non fore iustos liberos, sed alumnos tantum, adeoque huiusmodi adoptionem nihil commune habituram esse cum adoptione Romanorum, omnique effectum civili destitutum iri, quia parentes apud nos ne in naturales quidem liberos eam potestatem, quae propria fuerit Romanorum, exercent. Quamuis enim multae sint causae, cur rarius adoptent Germani, quum non sit, quod naturae sterilitatem, cuius in solatium adoptiones repertae sunt, accusent, et ipsa patria potestas apud eos non tam lucrosa parentibus sit, quam apud Romanos, sed potius cum multis impendiis ac molestiis coniuncta: GE. BEYER. *Specim. iur. Germ. Lib. I. Cap. XXVI.* inde tamen non consequitur, ut eo iure, quod illis leges indulgent, numquam uti vel velint vel possint. Potius enim et statuta Germanorum id ciuibus permittunt, veluti IVS HAMBVRGENS. *Part. III. tit. I. art. XXXVIII.* verbis:

bis: *So er andere Kinder für seine ehliche Kinder annimt*: et Imperatores comitibus sacri palatii Lateranensis facultatem adrogationes pariter ac adoptiones confirmandi concedere solent, quale diploma, vt alia a Schubarto et Paullini edita praetermittamus, exstat apud PHILIPP. *Vf. pract. Inst. ibid.* et exempla complura tam illustrium, quam priuatorum, liberos adrogatione vel adoptione sibi quaerentium, pasim exstant, apud KVLPI. *Disf. de Adopt. et emanc. princip. §. VII. sequ.* STRYCK. *Vf. pandect. titulis de Adopt. et de Capite min.* HVBER. *Praelect. ad tit. Inst. de Adopt. §. XIV.* Nec magis rem acu tangere videntur, qui adoptiones Germanorum omni effectu ciuili destitui, ipsosque adoptiuos apud illos tantum alumnos esse contendunt. Quamuis enim iis non transferatur patria potestas Romana, nec adoptiuus regulariter iura nobilitatis successionisque in feudis adipisci soleat, ac proinde Germanorum adoptio eatenus non male *impropria* vocetur a THOMASIO *Disf. de Vsu pract. doct. Instit. de Adopt. Cap. II. §. II.* verum tamen est, adoptantes talem acquirere potestatem, qualis parentibus competere solet in Germania, ipsosque liberos, non secus, ac naturales, adoptantibus ab intestato succedere, adeo vt ne testamento quidem legitima portione sine iusta exheredationis causa priuari possint. Quae omnia tam luculenter ipsa probat experientia, vt, qui ea in dubium vocant, ipso meridie diem esse, negare videantur.

VIII. Quum itaque adoptiones non ignorent Germani, nec tamen illae ex iure ac moribus patriis profectae sint ad posteros, ac proinde nec de modo et ritibus adoptandi iuribus patriis quidquam, quod a iure Romano discrepet, proditum sit: facile patet, Germanis quoque pro norma hic esse ius Romanum, adeoque apud illos aequae, ac apud Romanos, adrogationes per rescriptum principis; adoptiones, quas specificas vocant, imperio magistratus, atque ita vtrasque auctoritate publica fieri debere. Quum enim ius Romanum in subsidium receperint Germani: in illis tantum negotiis iuris patrii placita legibus Romanis praeferunt, de quibus vel suas leges habent vel consuetudines a maioribus veluti per manus traditas acceperunt: his deficientibus iure Romano viuunt. STRYK. *Disfert. praelim. Vsu Pand. praemisfa.* Et sane in Bauaria ita fieri adoptiones et adrogationes, quemadmodum eas fieri iubet ius Romanum, iam obseruauit BALTHASAR *Resolut. iur. cin. tit. III. resol. I. n. VII.* Alia exempla adrogationum in Germania per rescripta principum factarum iam supra adduci obseruauimus a scriptoribus eruditissimis. Iam id tantum addimus, saepe iureconsultorum collegia in academiis Germaniae respondere ad pronunciare solere, adoptiones fieri debere imperio magistratus.

Eae sunt ritibus, iure Romano praescriptis.

SECT. I.

tus. Exempla et eius generis, quae praeiudicia vocant, habes apud RICHTER. *de Succesf. ab intest. Sect. I. membr. II. n. XV.* HAHN. *ad Wesenbec. paratitla tit. D. de Adopt. et emanc. n. V.* STRYK. *Vf. pand. ibid. §. IV.*

Vnio pro-
lium an sit
species ad-
optionis?

IX. Qui adoptiones hodie extra vsum esse contendunt: ii fere VNIONEM PROLIUM (*die EinKindschafft*) loco adoptionum esse Germanis, existimant. SIM. van LEEVWEN *Censur. for. Part. I. Lib. I. tit. IV.* GIPHAN. *ad l. 2. C. de Adopt.* HAHN. *ad Wesenb. ib. n. VI.* BESOLD. *Thesaur. pract. voce EinKindschafft.* Vnde et plerumque, quae ius ciuile de adoptione sancit, ea doctores vnioni prolium tribuunt, argumentisque ab illa ductis, quid in hac iustum sit, ostendere conantur. Id vero quam parum propitia Themide fiat, tum demum patebit, si, quid sit illa prolium vnio, paullo accuratius consideremus. Eam sane nihil aliud esse animaduertimus, quam pactum inter parentes, quorum vel vterque, vel alteruter ex priore matrimonio sustulit liberos, initum de priuignis vna cum liberis, ex nouo matrimonio nascituris, pari iure ad successionem vocandis. Iam quid commune, quaeso, haec prolium vnio habet cum adoptione? Non hic transfertur patria potestas, cuius causa olim praecipue inuenta fuerat adoptio: immo ne transferri quidem potest per analogiam iuris. Mater enim vidua liberos nouo marito in adoptionem dare non potest, sed pater naturalis tantum: neque hic suos adoptandos recte dat vxori, quae nec liberos in potestate habere, nec adoptare nisi beneficio principis, et in solatium liberorum amisforum, potest. §. 10. *Inst. de Adopt.* Porro nec adrogatio dici potest actus ille, quo pater vxoris liberos suis vnit, quia nihil inter vitricum et priuignos, sed inter coniuges omnia aguntur, nec rescriptum principis abscisse requiritur: multoque minus adrogare dixeris nouercam, quum nec adrogare femina, nec liberi in alterius potestate constituti adrogari possint. Itaque nihil aliud est vnio prolium, quam pactum successorium, et hoc quidem Germanis proprium, quum iure Romano ne sibi quidem, nedum extraneis, quisquam stipulari possit hereditatem, neque vllum pactum siue dispositiuum, siue acquisitiuum de hereditate ratum sit. *l. 19. l. fin. C. de Pact.* hic autem e. g. mater liberis suis, adeoque extraneis, hereditatem vel ius succedendi, quod alioquin non haberent, omnino stipuletur.

Eam fieri
oportet,
auctorita-
te iudicis.

X. Quamuis vero originis Germanicae sit vnio prolium. RICH-
KIVS *de Vn. prol. Cap. III. n. XLII.* pleraque tamen, quae de ado-
ptione leges Romanae praecipunt, in vnione quoque illa obseruanda
existimarunt. Quemadmodum enim adoptio fit imperio magistratus:
l. ult.

l. ult. C. de Adopt. ita nec proles vniri permittunt leges et mores Germanorum, nisi auctore magistratu, adeo, vt mihi retulerit vir fide dignissimus, quum in certa Germaniae prouincia viduus sponsus cum sponsa itidem vidua eiusmodi pactum, conciliante pastore ecclesiae, iniisset, praemortuoque marito pactum illud scriptum a vidua eiusque liberis produceretur, illud non modo irritum fuisse habitum, sed et pastorem censura dignum visum esse, qui falcem in alienam messem immittere non dubitarit. Dubitare equidem non licet, posse in republica inolescere consuetudinem contrariam, eoque casu et priuato arbitrio liberis de successione recte prospici, ceu exemplo ostendit PHILIPPI *Vs. pract. tit. Inst. de Adopt. ecl. LXXIV. §. IV.* Deficiente tamen tali consuetudine, necessaria omnino est iudicis auctoritas, quidquid ea de re dubitet MEV. *ad Ius Lubec. Part. II. tit. I. addit. ad n. CXIII.* Quum enim non merae sollemnitatis causa iudex adeatur, sed huius sit, causa cognita statuere, an expediat haec vnio liberis, decretumque interponere: CARPZ. *Lib. V. Resp. VI. n. XX.* MVSCVL. *de Succesf. conuent. membr. III. n. LXXXIII.* facile intelligitur, saepe cum maximo liberorum alterius coniugis detrimento coniunctam fore hanc vnionem, si priuato parentum arbitrio tanta res ageretur. Quod sane cauere oportet magistratum, nec hic consentire videatur parentibus, qui iniuriam aduersus liberos suos his pactis inducunt, maligneque circa sanguinem suum inferunt iudicium, nouercalibus maxime delinimentis instigationibusque corrupti. *l. 4. D. de Inoff. test.* Quae ratio tanti videtur viris doctissimis, vt ne cuiuscumque quidem iudicis auctoritatem sufficere existiment, quae alioquin ex natura atque indole actuum voluntariae iurisdictionis sufficere solet, sed abscisse requirant competentem iudicem. HILLIGER *Donell. enucl. Lib. XVII. Cap. VIII. lit. P.* STRYK. *Vs. Dig. Lib. I. tit. VII. §. XI.* quamuis et hic alii in alia omnia eant. CARPZ. *ibid. n. XVI.* RICK. *ibid. Cap. VI. n. XXVII.* HAHN. *de Iure rer. concl. LXXIII. n. VI.* Quemadmodum porro in adoptionibus non modo vtrumque parentem consentire, sed et liberos adoptandos non dissentire oportet: *l. ult. C. de Adopt.* ita idem exigunt in vnione prolium, modo liberi eius sint aetatis, vt ipsi auctores fieri possint: siquidem alias non modo tutores, sed et cognatos simul adhibendos esse, movent, aequae ac in adrogatione impuberum: §. 3. *Inst. l. 18. sequ. D. de Adopt.* idque ex eadem ratione, ob quam de adrogatione impuberum simile quid statuerat ANTONINVS PIVS, Imp. quia nimirum ob testamenti factionem, impuberibus non concessam, spes succedendi cognatis est, quam inuitis illis eripi iniquum videbatur. Ob

SECT. I. eamdem enim causam et in vnione prolium cognatorum consensum necessarium esse, statuunt RICKIUS *de Vnione prol. Cap. VI. n. VIII. et XIX. MVSCVL. de Succesf. anom. Cap. III. n. XCIII.* et STRYK. *Vf. pandect. Lib. I. tit. VII. §. XI.* Quemadmodum denique adoptiones in archiuum publicum referri iubet Imperator: *l. vlt. C. de Adopt.* ita idem fieri oportet in vnione prolium, super qua conficiendum est instrumentum, cuius formulam exhibet RICKIUS *eod. Cap. VI. in fin.* Quod quidem quo pertineat, nemo non intelligit, puta, vt exstet apud posteros testimonium vnionis istius, rite et AVCTORITATE publica factae, sine qua omnino irritum futurum esset illud pactum, quod ob impares parentum facultates aleam saepe videtur continere.

CAP. V.

DE AVCTORITATE IVDICIS

CIRCA EMANCIPATIONEM

NECESSARIA.

- | | |
|--|--|
| §. I. <i>Plerique populi liberos priuatim a se segregabant.</i> | IV. <i>Iudicis in Iustiniana.</i> |
| II. <i>Romani non nisi publica auctoritate: et magistratum quidem in emancipatione vetere:</i> | V. <i>Eius auctoritas et tunc necessaria, quando pater potestate in liberos inuitus excidit.</i> |
| III. <i>Principis in Anastasiana.</i> | VI. <i>Quomodo apud Germanos soluitur parentum potestas?</i> |

§ I.

Plerique populi liberos priuatim a se segregabant.

Parentum potestatem, quatenus ex ipsa illa aeterna lege, quam ius naturale vocamus, promanat, ipso iure et sine omni sollempnitate finiri nouimus. Quum enim illa ad commodam liberorum educationem tantum comparata sit: fieri non potest, quin sensim tanto magis imminuatur, quanto prouectiores aetate sunt liberi, ac demum, cessante educandi onere, plane cesset, salua tamen per omnem vitam pietate, saluo obsequio, salua grati animi memoria, ob antegressa beneficia numquam intermoritura. Hinc et priuato fere arbitrio veteres a se segregasse liberos iustae aetatis, dataque bonorum parte sine magistratum auctoritate e domo ac familia dimisisse animaduertimus, idque patet ex ipsarum sacrarum litterarum testimoniis, in primis ex *Genes. XXV. §. 6.* Sed et apud Graecos plerosque non tam a parentibus sollempniter emancipatos, quam ab ipsis legibus ex potestate patria dimissos esse liberos, testatur DIONYS. HALIC. *Lib.*

II.

II. *Antiqu. Rom. Cap. XXVII.* vbi, comparatis inter se Graecorum Romanorumque moribus: *Graecorum*, inquit, *leges tempus admodum breue praescripserunt, quo liberi parentibus essent subditi, quaedam scilicet ad annum pubertatis tertium, quaedam tantisper, dum caelibes essent, nonnulli donec publice inter viros adscripti essent, quemadmodum ex Solonis, Pittaei Charondaeque legibus acceperunt.* Itaque raro hic requirebatur publica magistratuum auctoritas, et in iis tantum ciuitatibus, ex quarum institutis ii, qui iustam legitimamque aetatem attigerant, sollemniter in virorum numerum referebantur, libroque *ληξιαρχικῶν* inscribebantur. *SVID.* sub voce *ληξιαρχικόν*. Id quod apud Athenienses anno aetatis vicesimo factum esse, tradit *IULIVS POLLVX Onomast. Lib. VIII. segm. CV.* Reliqui Graeci, immo et aliae gentes, fere tacite liberos e parentum potestate exire patiebantur, praeterquam quod veteres Germani filios iam adultos, in ipsis populi conciliis, traditis sollemniter armis, videntur emancipasse. De eo enim maiorum nostrorum ritu *TACIT. de Mor. Germ. Cap. XIII.* *Haec apud illos toga, hic primus iuventutis honos. Ante hoc DOMVS pars, mox REIPVBLICAE.*

II. Sed apud Romanos voluntaria illa liberorum e potestate patria dimissio numquam aliter, quam publica auctoritate, fiebat, nec liberi, nisi accedente illa, rite a parentibus segregati esse videbantur. Cuius rei quas illi rationes habuerint, operae pretium fuerit, paullo accuratius disquirere. Patriam potestatem Romanorum in dominio iuris Quiritium constituisse, iam supra nos monere meminimus. Inter modos vero res mancipi abalienandi, acquirendique dominium Quiritarium praecipuus fere erat mancipatio, ritus sollemnis, quo res alteri, praesentibus non paucioribus, quam quinque, testibus, ciuibus Romanis, libripende ac antestato, eam numo sestertio ementi, addicebatur, et in iure cedebatur. Quum ergo iam Romulus sanxisset, vt patri filium ter venundare fas esset, ter vero venditus ac manumissus liber ac sui iuris esset, *DIONYS. HALICARN. Lib. II. Cap. XXVIII.* eaque lex deinde et in *XII. Tabulas* migrasset, teste *VLPIANO tit. X. §. I.* iureconsultis, qui legis componebant actiones, nullus modus liberos ex patria potestate dimittendi videbatur analogiae iuris conformior, quam si filii ter per aes et libram in imaginariam seruitutem venderentur, totiesque manumitterentur; reliqui liberi tam masculi quam feminae vna mancipatione ac manumissione liberarentur. *VLPIAN. tit. X. §. I.* Hinc ritus emancipationis vetus per venditiones, mancipationes et rhapsmata seu colaphos, qui solus vsque ad Anastasii tempora obtinuit, et de quo tam multa commentantur *CAIVS apud Boeth. ad Top. Cic. Lib. IV.* *SCHVLTING.*

Romani non nisi publica auctoritate, et magistratus quidem in emancipatione vultere.

SECT. I.

ad Vlpian. ibid. Ampl. BYNKERSHOEK de Iure occid. lib. Cap. VI. et interpretes Institutionum humaniores tantum non omnes, ut si verbum adderem, actum agere velle viderer. Quare id tantum moneo, non priuatim actam esse hanc fabulam, sed coram magistratu, apud quem erat plena legis actio. *l. 4. D. de Adopt.* Filius enim emtus per aes et libram vel contrauindicandus, vel in iure cedendus, et patri fiduciario addicendus erat. Quae quidem sine magistratus auctoritate non poterant explicari. Vnde et Wisigothi, vel prouinciales inter illos, quamuis circa hunc ritum permulta nouassent, eum tamen non alibi, quam in curia explicandum existimabant. Eo enim pertinent verba non Caii, sed ANIANI *Instit. Lib. I. tit. VI. §. III.* *Quae emancipatio solebat ante praesidem fieri, modo ante curiam facienda est*, ubi Caii pallio suas lacinias adsuere Anianum, obseruant ALEXANDER, OISELIUS et CL. SCHVLTINGIUS.

Principis
in Anastasiana:

III. Sed vetus illa emancipandi consuetudo insequentibus temporibus non amplius consentanea visa est analogiae iuris, ex quo ius vendundandi liberos adimi patribus, vel certe magis magisque imminui ab Imperatoribus coeperat. Quum enim venditionem liberorum veram, tamquam indignam Romanorum moribus, prohiberent DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, Augusti, *l. 1. C. de Parr. qui fil. suos distrax.* vel aliquis anteriorum Imperatorum, (siquidem verba quibus Diocletianus et collega vtuntur: *manifestissimi iuris est*, argumento sunt luculentissimo, iam pridem illam liberorum venditionem sublatam fuisse) CONSTANTINVS quoque *M. l. 2. C. eod.* non nisi sanguinolentos propter inopiam alienari permetteret: immo paullo post ne hanc quidem a matre adhuc rubentium liberorum distractionem amplius fieri pateretur, sed patres rerum indigos alimenta e publico petere, iuberet: *l. 1. et l. 2. C. Theod. de Alim. quae inop. par. e publico pet. deb. Lib. XI. tit. XXVII. et ibi Iac. Gothofred.* vix moribus illis ac legibus recentioribus quadrabat venditio illa imaginaria, in emancipationibus adhibenda. Fictio enim procedit eorum tantum, quae fieri possunt: qualia non sunt facta, quae laedunt pietatem, existimationem, verecundiam, quaeque non modo contra leges, sed et ut ita dixerim, contra bonos mores sunt, quippe quae ne facere quidem nos posse credendum est. *l. 15. D. de Condit. instit.* At retinebant tamen et postea Romani ritum emancipandi, tamquam prius moris monumentum, donec ambages illas sine periculo omitti posse doceret ANASTASIUS Imp. et emancipationem liberorum, exemplo adrogationis, impetrato principis rescripto, fieri permetteret. *l. 5. C. de Emanc. lib.* Itaque iam AVCTORE PRINCIPE, liberi patria

tria potestate exhibant ab Anastasii temporibus. Quamuis enim hunc emancipandi ritum multo prius, et ab ipsis fortassis Diocletiani temporibus exoleuisse, ducto ab adrogationibus exemplo, coniiciat THOMASIVS *Disf. de Vsu pract. tit. Instit. Quib. mod. ius patr. pot. solu. Cap. I. §. IX. not. a.* non tamen exstant idonea huius diuinationis argumenta, et vix probabile est, constitutionem antiquiorem, si qua exstitisset, omisuros fuisse tot codicum compilatores, eiusque loco nobis conseruatuos illam Anastasii, quam ipse vir celeberrimus ob verba quaedam obscuriusculam esse, fatetur.

IV. Vt cumque vero sese res habeat: id saltem tam certum esse videtur, quam quod certissimum, Anastasium noua illa inuenta emancipandi ratione non sustulisse ritum veterem, sed veluti arbitrium permisisse patribus, nouum, an priscum maiorum morem eligere malent. Id enim vel inde colligas, quod primus eam venditionem manumissionemque imaginariam in vniuersum sustulit IUSTINIANVS, dum *l. ult. C. de Emanc. lib.* scribit: *Quum inspeximus, in emancipationibus vanam OBSERVATIONEM CVSTODIRI, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et iniuriosa rhapsymata, quorum nullus rationabilis reperitur exitus: iubemus, huiusmodi circuitus IN POSTERVM quiescere.* Equidem et hic intercedit FRANC. BALDVINVS in *Iustiniano Lib. III. p. 271.* inuectus in Iustinianum, quod in Pandectis multa de emancipatione veterum fragmenta exstare passus sit, quum tamen iam pridem, antequam pandectae ederentur, tota illa consuetudo euanuerit. Immo et celeberr. THOMAS. *ibid. p. 13.* perstringere non dubitat Iustinianum, tamquam qui se primum circuitus illos, ad sua usque tempora custoditos, fingat, quum iam pridem exoleuerint ante eius tempora, adeoque et hic suo more cum larvis pugnet. Sed huic aequae ac illi merito occlames:

Iudicis in Iustiniana.

Parcius ista viro tute obiecisſe memento.

Quis enim tam perfriſtae frontis fuiſſe Iustinianum, ſibi perſuadeat, vt illa ſcribere auſus ſit, in quibus vel a quouis puero mendacii coargui potuiſſet? Si quis legiſlator hodie ſingulari conſtitutione abrogare vellet certamina ſingularia, ante aliquot ſaecula in foris Germanorum loco probationis decreta, eumque barbarum morem magno rei-publicae malo ad ſua usque tempora cuſtodiri, quereretur: nonne et pudori et exiſtimationi ſuae peſſime ille conſuleret, quum nemo ſit in vniuerſa republica, qui huius moris meminerit, pauciſſimi, qui illum olim in Germania viguiſſe legerint? Quod vero hodie nemo ſanae mentis fecerit, cur quaeso a Iuſtiniano factum eſſe, ſuſpicemur;

maxime quum nullum proferre possint eius coniecturae argumentum? At tale reperisse sibi visus est laudatus THOMASIVS in *Novellae LXXXI. praefatione*, vbi ipse Iustinianus non inficietur, *emancipationis actionem DVDVM quidem, et per eas, quae nuncupantur, legis actiones factam cum iniuriis et alapis liberasse liberos ab huiusmodi vinculis*. Quasi vero *dudum* illud ita semper acceptum sit, vt longissimum temporis spatium designaret, ac non potius id, quod non adeo multo ante contigit, aliquando *dudum* contigisse dicatur: veluti apud CICERONEM *de Orat. Lib. II. Cap. VII. Antonium IAM DVDVM Cotta et Sulpicius exspectant*, id est, aliquot horas, et *Lib. XI. ad Attic. Epist. XXIV. Quae DVDVM ad me scripsisti*, id est, ante aliquot dies. Quid mirum itaque si et Iustinianus *Novella ista LXXXI.* quam edidit anno aerae Dionysiacae DXXXIX. *Apione V. C. Cos.* de vetere illo ritu, quem iam ante octo annos, puta ante DXXXI. *Lampadio et Oreste Cos.* aboleuerat, scripserit, eum *dudum* viguisse? Sed vt e diuerticulo hoc in viam redeam: Iustinianus veterem quidem illam emancipandi rationem prudenter sustulit, non vero Anastasianam, concessio cuius arbitrio, malitne hac Anastasiana vti, an statim magistratum competentem adire, et coram eo profiteri, se filium emancipare, ac ex potestate sua dimittere. *l. ult. C. de Emanc. lib.* Itaque et haec IVSTINIANEA emancipatio explicari aliter non poterat, quam AVCTORE competente IUDICE, atque interuenientibus actis, eoque facto emancipationis tum ratione filii emancipati, tum ratione patris emancipantis, eadem effecta erant, ac si vetere adhibito ritu, filius ter venundatus, terque manumissus, ex sacris paternis exiisset. An vero necessaria fuerit formula, qua patrem vti oportere statuit HARMENOPVL. *Promptuar. Lib. I. tit. XVII. §. VIII. ὅτι τὸνδε ποιεῖ αὐτεξούσιον, καὶ τῆς αὐτοῦ ἀφίμῃ χειρὸς.* HVNC SVI IVRIS ESSE PATIOR, MEAQVE MANV MITTO, ego quidem in medio relinquo.

Eius auctoritas necessaria etiam, quando pater inuitus potestate in liberos excidit.

V. Multo magis itaque iudicis necessaria erat auctoritas, si quando inuitus pater cogeretur emancipare filium, quia fieri non poterat, vt hoc negotium sine causae cognitione decretoque iudicis explicaretur. Equidem si ipsam emancipationis indolem paullo accuratius contemplemur: vix est, vt ei coactioni locum esse existimemus. Est enim emancipatio abalienatio quaedam liberorum, quos in dominio parentum Quiritario fuisse, aliquoties diximus. Ad alienandum vero derelinquendumue dominium inuitus regulariter nemo tenetur. Enimvero vti iam olim bonis principibus visum est, dominos adigere ad vendendos seruos, quos vel durius habuerant, vel infami adfecerant in-

iniuria, quia expedire videbatur reipublicae, ne sua re quis male vteretur, qua de re elegans D. PII rescriptum ad Aelium Marcianum existat §. 2. *Inst. de His qui sui vel al. iur. sunt.* ita multo iniquius videbatur, patres, quos ipsa pietas ad bene de liberis merendum excitare debebat, naturam impune eiurare, et in filios filiasque innocentes, tamquam in corpora seruilis, pro lubitu saeuire. Itaque casus quosdam iure ciuili proditos legimus, quibus cogi possunt parentes ad emancipandos liberos: quos quidem veterum Glossatorum non nemo his versiculis expresit:

Si genitor saeuus sit, prostituatue pudorem

Natae, aut pupillo forsan damnosus adoptet.

Legatum aut numos capiat si hac condicione:

Inuito solui poterit genitore potestas.

His versiculis quinque recensentur casus, quos huc pertinere censent Glossatores, quorum primus praesidium reperit in *l. ult. D. Si a par. quis manum.* secundus in *l. 12. C. de Episc. audient.* tertius in *l. 32. D. de Adopt.* quartus in *l. 92. D. de Cond. et demonstr.* Denique quintus in *l. 1. §. 3. D. Si quis a par. manum.* Quin et sine emancipatione parentes potestatem in liberos amittebant, si vel filiam prostituissent, *d. l. 12. C. de Episc. aud.* vel exposuissent infantem, *l. 2. C. de Inf. expos.* vel incestas contraxisissent nuptias. *Nov. XII. Cap. I. et II.* Neque tamen id impendebat, quo minus intercederet iudicum auctoritas. Quum enim pleraeque hae causae ex factis non adeo notoriis atque indubiis orirentur, adeoque causae cognitione ac decreto opus esset, ne parentes liberos, potestati suae sese subtrahentes, tamquam fugitiuos ac contumaces persequerentur: dubitare sane nefas est, quin et haec omnia gesta sint decernente iudice, iique demum liberi sui iuris habiti sint, qui, ut PERSII verbis utar, *sui a praetore recessissent.*

VI. Talis apud Romanos erat emancipatio liberorum: an vero et apud Germanos hoc pertineat ad magistratum ac iudicum officium, ut emancipationibus liberorum interponant auctoritatem, paucis nunc dispiciendum est. Iam quidem inter omnes constat, Germanos numquam patriam potestatem, Romanis propriam, quae in dominio quodam Quiritario consisteret, recepisse, sed contentos fuisse et esse etiamnum potestate, quam vtrique parenti iure gentium competere nouimus, quaeque magis ad educationem liberorum, dirigendasque eorum actiones, quam ad exercenda dominii iura, comparata est. Ex eo vero consequitur, ut parentum potestate in Germania tacite exeant liberi, simul ac nec educatione amplius opus est, nec aliena parentum quadra viuunt liberi, sed masculi suos sibi lares, suos

Quomodo apud Germanos soluat patriam potestas?

penates, constituunt, filiae vero enubunt gente paterna, et in aliam familiam transeunt. Quam quidem separationem liberorum iureconsulti Germani, vocabulis parum concinnis *quasi emancipationem*, vel *emancipationem tacitam* solent adpellare. Quae quum ita sint, emancipationem Iustinianeam, quam apud acta fieri oportet, multi non modo Germanis ignotam, sed et eorum moribus plane inconcinnam esse, contendunt. Hinc quum tam priuatis, quam illustribus exemplis, eius vsum in Germania ostendissent KVLPIVS et alii: intercescit suo more celeberr. THOMASIVS. *Disfert. de Quasi emanc. Germ. §. XXXVII. sequ. et de Vsu pract. doct. Instit. Quib. mod. ius patr. pot. solu. Cap. II. §. V. sequ.* et emancipationem hanc moribus Germanorum plane non quadrare, ostendere conatus est. Sed quamuis facile largiamur, Germanos numquam recepisse principia de dominio Quiritario in liberos, de vnitae personae patris et filii, et familia: posunt tamen habere alias, easque consultissimas rationes, cur emancipationis Iustinianae ritibus vti velint. Nam quum saepe filios aut negotiari patiantur, aut negotiationis socios recipiant parentes, multique deinde cum iis tamquam filiis familias contrahere dubitent: interest et parentum et filiorum, vt publicum exstet testimonium, hos esse sui iuris ac potestatis, ac proinde plerumque interuenientibus actis profiteri solent parentes, se filios e potestate sua dimissos velle. Hinc cum alibi, tum in emporiis maxime, frequentissimum esse emancipationis Iustinianae vsum, testantur KVLPIVS. *Disf. de Adopt. et emancip. princip.* BETS. *de Pactis fam. illustr. Cap. X. p. 366.* EYBEN. *ad Instit. Disf. III. Obs. XIII.* BEYER *Posit. Dig. tit. de Adopt. et emancip. lit. a. Ill.* BERGER. *Oecon. Iur. Lib. I. tit. III. p. 154. sequ.*

CAP. VI.

DE AVCTORITATE IUDICIS

CIRCA TUTELAM ET CVRAM

NECESSARIA.

- | | |
|---|---|
| §. I. Auctoritas magistratus apud Romanos minus necessaria in tutela testamentaria et legitima. | cessaria in dativa. |
| II. Nisi quando testamentarius tutor indigebat confirmatione. | IV. Quod discrimen et in tutela sexus observatum. |
| III. At tanto magis videbatur ne- | V. Quomodo ius Germ. circa tutelam a Romano differat? |
| | VI. Cur hodie omnes tutores confir- |

man-

- mandi a magistratu?*
 VII. Curatores an auctore magistratu acceperint furiosi et prodigi?
 VIII. An minores?
 IX. An et in reliquis curationibus
necessaria fuerit iudicis auctoritas?
 X. An hodie in curatione furiosorum et prodigorum?
 XI. An in reliquis curationum generibus?

§. I.

Expensis plerisque personarum iuribus, quibus a iudicum auctoritate aliquid roboris accedit, nihil iam superesse videtur, quam ut de TVTELA quoque et CVRA quaedam, quae huc pertinent, confectemur. TVTELAM esse vim ac potestatem in capite libero, ex ipsa SERVII definitione l. i. D. de Tutel. notum est. Nec tamen omnia capita libera tutorum auxilio olim regebantur, sed quae vel per aetatem, vel ob lubricum sexus sponte se defendere non poterant. Vnde AETATIS alia, alia SEXVS tutela erat. Quumque non eodem omnes modo tutores acciperent: inde est, quod tutela etiam in TESTAMENTARIAM, LEGITIMAM ac DATIVAM dispesceretur. Quamvis vero gentes tantum non omnes tutelam orphanorum vel maxime ad curam publicam pertinere existimarent, ac proinde eam munus publicum vocarent Romani, quin SEVERVS Imp. diserte scribat: *Omnem me rationem adhibere subueniendis pupillis, quum AD CVRAM PVBLICAM pertineant, liquere volo: l. 2. §. 2. D. Qui pet. tut.* non tamen reperias facile, tutoribus testamento, vel lege constitutis, auctoritatem magistratus visam esse necessariam, praeterquam, quod tutores quidam, testamento non rite ac iure dati, essent a magistratu confirmandi. Quia enim vtraque tutela ex legibus XII. tabularum profecta est, VLPIAN. tit. XI. §. XIV. l. 7. D. de Cap. minut. decemviri autem eam per omnia comparauerant hereditati, dum sanxerant: PATERFAMILIAS VTI LEGASSIT SVPER FAMILIAE PECVNIAE, TVTELAEVE SVAE REI, ITA IVS ESTO; itemque: AST SI INTESTATO MORITVR, CVI SVVS HERES NEC ESCIT, AGNATVS PROXIMVS FAMILIAM HABETO. Iac. Gothofred. ad XII. Tab. tab. V. tutores tum testamentarii, tum legitimi non magis indigere videbantur auctoritate magistratus ad obeundum hoc munus publicum, quam heredes testamentarii et legitimi ad adeundam hereditatem, quam vnusquisque et nuda voluntate, et pro herede gerendo, sine causae cognitione decretoque iudicis fuscipiebat, §. 7. Inst. de Hered. qual. et differ. dum, si cum cretione esset institutus, ritus illos, de quibus inter viros doctos ne hodie quidem

Auctoritas magistratus apud Romanos minus necessaria in tutela testamentaria et legitima.

SECT. I.

satis conuenit, obseruaret. Vid. V. C. EV. OTTON. *Jurispr. Symbol. Exerc. II. Cap. XIII.*

Nisi, quando tutor testamentarius indigere videbatur confirmatione.

II. At si quando non recte et iure testamento datus esset tutor: defectus supplendus erat auctoritate magistratus, isque actus, vti supra (Cap. I. §. V.) ostendimus, CONFIRMATIO vocabatur. Per multum tamen intererat, paterne tutorem non recte dedisset, veluti liberis emancipatis, vel codicillis testamento non confirmatis, an mater, cui ius dandi non erat. Priore enim casu et sine inquisitione plerumque fiebat confirmatio, l. 11. D. de Tutel. l. 1. §. 2. D. de Confirm. tut. §. ult. Inst. de Tutel. modo, si naturali filio pater tutorem dedisset, ei simul aliquid testamento reliquisset. l. 7. pr. D. et l. 4. C. de Conf. tut. Vel ideo enim tunc non opus erat longa inquisitione, quod bone de prudentia ac pietate patris sperarent leges, crederentque, eum optimum consilium pro liberis capere. At si mater aliquem liberis tutorem esse testamento iusserat, hic confirmandus erat a magistratu, et a maiore quidem cum inquisitione, a minore cum satisfactio, modo simul mater liberos ultra legitimam instituisset. l. 4. D. de Test. tut. l. 1. C. de Confirm. tut. Quibus quidem non opponenda l. 4. C. de Testam. tut. quamuis ea summorum interpretum exercuerit ingenia, aliis particulam non loco mouentibus, aliis verbum solet accipientibus pro moris est, ceu videre est apud CUIAC. Not. ad §. ult. Inst. de Tutel. V. A. CORN. van BYNKERSH. Lib. II. Obs. Cap. XVII. ZACH. HVB. Obs. rer. iud. Cent. II. Obseru. I. Viramuis adhibeas medicinam: ius sibi constabit, quamuis vel eo nomine placeat eruditissimi Bynkershoekii diuinitio, quod ab omni vi abstineat, nihilque in ipso textu mutet, nec adeo inauditum sit aliquid in foro consuetudine inolescere, quod in ipso iure vel nullum plane reperit praesidium, vel saltem non tamquam abscisse necessarium desideratur.

At tanto magis necessaria videbatur in datiuu.

III. At de tutoribus a magistratu siue ex lege Atilia, siue ex Iulia et Titia, siue ex variis principum constitutionibus, datis ne dubitari quidem potest, quin tutelam auctoritate publica et susceperint, et gesferint. Id modo singulare erat apud Romanos, quod haec tutoris datio nec iurisdictionis esset, nec imperii, sed extra ordinem speciali lege certis magistratibus deferretur: l. 6. §. 2. D. de Tutel. §. 4. Instit. de Atil. tut. quamuis a iureconsultis vulgo ad extraordinariam iurisdictionem referri soleat, nec male, si recte intelligatur locus Vlpiani, d. l. 6. §. 2. D. de Tutel. cuius luculentam interpretationem dedit GER. NOODT de Iurisd. et imper. Lib. I. Cap. I. p. 93. sequ. Tom. I. Op. Inde ergo est, quod non semper iisdem magistratibus id negotii da-

datum legamus, ut tutores darent, sed primum in urbe praetor cum maiore parte tribunorum plebis; in provinciis praeses; deinde in urbe consules, mox praetores tutelares, hinc et praefectus urbi pro iurisdictionis suae modo, et duumviri civitatum iussu praefidis, immo et legati procos. denique et defensores civitatum, antistitem consilio et iuridicus Alexandrinae civitatis eo iure gauderent. *pr. §. 3. 4. 5. Inst. de Atil. tut.* Quam tutelae dativae historiam mirifice suo more illustrat IAC. GOTHOFREDVS *Animadu. iur. civ. Cap. IV.* Nihil itaque hic explicari poterat sine auctoritate magistratus, quippe quae semper erat necessaria, siue tutorem daret, siue in eius vitam, mores, facultates inquireret, siue satisfacere eum iuberet, siue denique vanis excusationibus utentem ad suscipiendam tutelam compelleret. Quod adeo verum est, ut et periculo magistratuum quodammodo esset tutela, et si minus diligenter functi officio suo viderentur in recipiendis fideiusforibus, actione subsidiaria possent pulsari. *l. 1. pr. D. de Magistr. conu.*

IV. Quae de aetatis tutela diximus, ea et in sexus tutela olim locum habebant. Placuisse enim Romanis, ut feminae omnes sui iuris, id est, quae neque in patria potestate erant, neque in manum conue-
nerant, cuiuscumque essent aetatis, in perpetua tutela viverent, eam-
que perpetuam feminarum tutelam ad extrema prope imperii Roma-
ni tempora, et saltem ad Constantini M. imperium mansisse, lucu-
lenter iam pridem ostenderunt viri doctissimi, et in primis, qui id
ex instituto egit, V. C. EV. OTTO *Disf. IV. Iur. publ. et priv. Cap. I. §. XXIV.* quamvis alii adhuc in LEONIS constitutione *l. 3. C. de Legit. tut.* non obscura huius tutelae vestigia deprehendere sibi videantur. Iam et hanc tutelam vel testamentariam, vel legitimam, vel dativam fuisse, argumentis non proleteriis potest demonstrari. Nam quum antiquitus uxores in manu maritorum et filiarum familias loco essent: non absurdum videbatur, virum aequae, ac patrem, legare de TUTELA REI SVAE, eatenus saltem, ut uxori ius esset aliquem sibi ex pluribus tutorem optandi. Sic apud LIVIVM *Lib. XXXIX. Cap. XIX.* ad plebem ferre iussi sunt tribuni pl. ut Fecenniae Hispaniae datio, deminutio, gentis enuptio, TUTORIS OPTIO item esset, quasi VIR ei TESTAMENTO dedisset. Nec alia sunt apud CECRONEM *pro Mur. Cap. XII. genera tutorum*, a iureconsultis inuenta, quae potestate mulierum continebantur. Sed quoniam nec in testamentaria illa tutela, nec in legitima, aliquae magistratuum partes videntur fuisse, in dativa autem eadem omnia procul dubio observata sint, quae de dativa pupillorum tutela paullo ante commemo-

Quod dis-
crimen et
in tutela
sexus ob-
servatum.

SECT. I.

rauimus: plura hic addere nihil attinet, nisi quod quaedam fuerint tutelae dativae genera, ad quae sola praetoris requirebatur auctoritas, ita, ut ne tribunorum quidem plebis pars maior consentire teneretur, quorum de consilio alioquin tutores dari voluerat lex Atilia. Talis enim erat *tutor praetorius* vel *praetorianus*, qui olim dabatur pupillo feminaeue, si inter eum eamue ac tutorem iudicium esset agendum. VLPIAN. *tit. XI. §. XXIV. §. ult. Inst. de Auct. tut.* Talis item, quem lex Iulia et Papia feminae ad dotem dandam dicendam promittendamque dari iusserat, si legitimum tutorem pupillum haberet, VLPIAN. *ibid. §. XX.* Sed siue solus praetor, siue cum tribunorum pl. parte maiore, siue magistratus alius tutorem daret: ipsa huius tutelae indoles ita comparata est, ut nemo dubitare possit, quin ad tutorem huiusmodi constituendum necessaria fuerit publica magistratuum auctoritas.

Quomodo
ius Ger-
manicum
circa tute-
lam a Ro-
mano dif-
ferat?

V. Ut iam veluti ex diuerticulo in viam redeamus, nec in solius iuris Romani contemplatione haerere videamur: facere non possumus, quin quid hic apud Germanos in ipsis obtineat rerum argumentis, paullo accuratius dispiciamus. Horum vero mores a Romanis in tribus his potissimum faciunt diuortium, I. quod tutorum datio apud eos refertur ad iurisdictionem ordinariam, et regulariter unusquisque iudex intra suae iurisdictionis terminos tutores constituit. II. quod, quum Romani testamentariam duntaxat tutelam, et eo quidem casu, si quid vitii in illa admissum esset, confirmatione indigere, crederent: moribus Germanorum omnes promiscue tutores, siue testamentarii, siue legitimi, siue dativi, a magistratu confirmandi sint: POLICEY-ORDN. *de anno MDXLVIII. tit. XXXI. §. II. et MDLXXVII. tit. XXXII. von den Pupillen und Minderi. §. so wollen wir. II.* adeo, ut non prius cuiquam sit ius administrandi tutelam, quam impetrarit confirmationem, nec tutor, pro pupillo acturus, possit personam legitimare producto testamento, vel demonstrata propinquitate sanguinis, sed necessaria sit productio tutorii. STRYK *Vf. Digest. Lib. XXVI. tit. III. §. VI.* III. BERGER. *Oecon. Iur. Lib. I. tit. IV. p. 160.* Quod et in tutoribus illustrium, a Camera Imperii, vel ipso Imperatore confirmandis, observari, docent SCHILTER. *Exerc. XXXVII. §. XXXIX.* et HORN. *Iuris publ. prud. Cap. XV. p. 576.* Nec aliter se res habet HAMBVRGI, ubi ius nostrum diserte exigit confirmationem magistratus *Part. III. tit. VI. art. XIII.* ad quem iuris patrii articulum conferendus est BLOCKIVS in *Disf. de Different. iur. civil. ac can. a statut. Hamb. thes. XCII.* quae inter Lauterbachianas *Tom. II. p. 1065.* occurrit.

De-

Denique III. et in eo iuris Romani et Germanici haut leue discrimen obseruamus, quod magistratum et iudicum Germanorum tanta est potestas, vt et testamento datos, et legitimos tutores, si e re pupilli videatur, praeterire, aliosque magis idoneos constituere possint: THOMAS. *Not. ad Inst. Lib. I. tit. XVII. p. 89. sequ.* quum magistratus Romani nec testamento rite datos praeterire possent, nec legitimos, nisi suspecti postularentur. §. 5. *Inst. de Susp. tut. et cur. et ibi Doctores.*

VI. His moribus et hodie in Germania viuatur, vt nihil omnino ibi circa tutelam sine magistratum vel iudicum auctoritate possit explicari. Quamuis vero eius rei originem vulgo a Recesibus Imperii, quos paullo ante laudauimus, repetant: certissimum tamen est, vetustissimos etiam Germanos, quorum superstites leges habemus, rationes non aliter, quam posteros subduxisse. Id enim luculenter probari potest ex formula antiqua, quae inter SIRMONDICAS *Cap. XXIV.* et inter LINDENBROGIANAS *Cap. LXXIV.* occurrit apud STEPH. BALVZ. *Capitular. Tom. II. p. 481. et 532.* vbi tutor etiam legitimus confirmatur, quum tamen formula illa legi Romanae attemperata sit, vt facile adpareat, Germanos et illis, qui lege Romana viuebant, necessitatem imposuisse impetrandae confirmationis, si tutela qualicumque fungi vellent. Illustr. HEINECC. *Elem. Iur. Germ. Lib. I. §. CCCLVI.* Nec obscura est huius rei ratio. Praeclare enim iam ab eodem viro eruditissime obseruatum est, apud Germanos semper supremam pupillorum tutelam (*die Ober-Vormundschaft*), penes principes et magistratus fuisse, eamque tutelam supremam non in nuda ἐπισκοπή seu inspectione, sed in vera tutela constituisse, reliquis tutoribus eam tantum vice principum vel magistratum administrantibus, ceu recte vidit CARPZ. *Lib. V. tit. VIII. resp. LXXXVI. n. XXIII.* quem contra Schilteri stricturas defendit Ill. HEINECC. *Disf. de Suprema princ. et mag. tut. §. XIV.* vbi et ostendit hanc supremam tutelam tum in legibus Germanorum antiquis, veluti *Capitular. Lib. VI. §. CCXXIII.* Lege Normannorum apud Ill. LVDEWIG *Reliqu. MSSC. Tom. VII. p. 149.* tum in recentioribus praesidium reperire. Quum ergo supremi tutoris intersit, scire, quis vice sua fungatur, simulque ad eius officium pertineat, dare operam, vt res pupilli salua sit, nec administratio homini prodigo vel negligenti credatur: non mirum est, semper aequum visum esse Germanis, tutores qualescumque publica auctoritate constitui, et ab iis quidem magistratibus ac iudicibus, quibus ipsi pupilli subsint, nec illi magistratum ac iudicum auctoritati derogare debere dispositionem vel

Cur hodie
omnes tu-
tores con-
firmandi a
magistra-
tu?

SECT. I.

testatoris vel legis, si testamento vel a lege datus tutor talis sit, ut ei sine periculo pupilli persona et facultates committi nequeant.

*Curatores
an auctore
magistra-
tu accepe-
runt furiosi
et prodigi?*

VII. Quae hactenus diximus, ea ad tutores tantum pertinent. Proximum ergo est, ut et de CVRATORIBVS quaedam moneamus, quorum primum mentionem fieri animaduertimus in ipsis XII. Tabulis, quamuis illis non nisi furiosos et prodigos subesse vellent decemuii, quorum ipsa verba legitima ex auctore ad Herennium, Cicerone et Festo talia exhibet IAC. GOTHOFRED. in XII. Tab. tab. V. SI FVRIOSVS AVT PRODIGVS EXSISTAT, AST EI CVSTOS NEC ESCIT, AGNATORVM GENTILIVM IN EO, PECVNIAVE EIVS, POTESTAS ESTO. Et hinc non mirum est, hanc solam furiosorum ac prodigorum curam ex XII. tabulis repetere veteres, §. 3. *Inst. de Curat. l. 1.* et *l. 13. D. de Cur. furios. l. 18. D. Qui test. fac. l. 5. §. 1. de Acquir. vel omitt. hered. l. 3. D. de Tutel.* eamque κατ' ἐξοχὴν vocare LEGITIMAM, quia reliqui curatores, quippe a praetoribus constituti, HONORARII dicebantur. VLPIAN. tit. XII. init. Neque ei origini refragatur VLPIANVS, qui eodem loco, ubi eam curam a decemuiris inuectam esse refert, eam MORIBVS initio introductam, testatur. *l. 1. D. de Curat. furios.* Permulta enim, quae iam ante XII. tab. conditas, et sub ipsis regibus, in mores iuerant, postea decemuirali sanctione firmabantur, seu XII. tabulis, quas ἐκ τε τῶν Ἑλληνικῶν νόμων, καὶ παρὰ τῶν σφίσιν αὐτοῖς ἀγράφων ἑθισμῶν, tum ex Graecorum legibus, tum ex PATRIIS Romanorum CONSVETVDINIBVS, compositas esse, diserte scribit DIONYS. HALIC. Lib. X. p. 681. Hinc eodem sensu moribus introducta dicitur cura furiosorum et prodigorum, quo et patria potestas ius MORIBVS receptum vocatur *l. 8. D. de His qui sui vel al. iur.* quam tamen iam a Romulo inuectam XII. tabulis firmatam fuisse, inter omnes constat. Nec aliud sibi volunt FESTVS sub voce Nec et PAVLLVS *l. 53. D. de Verb. signif.* quando hanc curam ab antiquis vel veteribus inuentam esse scribunt: ut dubitare non liceat, quin ea cura antiquissima primaque sit omnium, quae Romanis innotuit. Si quaeras, an hic auctoritate magistratus opus fuerit: de furiosis id vix adfirmarim, quippe qui ipso iure videntur in agnatorum gentiliumue cura fuisse. Nec de interdictione bonorum palam aliquid sanxisse videntur decemuii, quamuis id vulgo colligant ex *l. 1. D. de Cur. fur.* Eo ipso potius, dum prodigos in cura agnatorum vel gentilium esse iusserunt, etiam bonis simul iis interdixerunt: ceu observavit IAC. GOTHOFRED. ad XII. tab. p. 209. At utrumque paullatim

mu-

mutare visum est. Nam et furiosorum et prodigorum curam vix suscipere potuerunt propinqui, nisi magistratus in mores istorum hominum inquisiuisent, vtrum insaniant, dilacerentque bona paterna, et liberos ad egestatem perducant, an agnati, eorum inhiantes bonis, eos calumniis onerent. Nam priore demum casu agnatum furioso dabant curatorem, et prodigo interdicebant bonis formula, quam seruauit PAVLLVS *Recept. Sent. Lib. III. tit. IV. §. VII.* Quin postea in vtraque cura demandanda permultum relictum est magistratuum arbitrio, vt praeuia inquisitione, et causa cognita statuere possent, ad agnatosne et gentiles aliquis remittendus, an consultius sit, alium idoneum hominem agnatis praeferre? Ita enim intelligendus IVSTINIANVS, dum §. 3. *Inst. de Curat.* scribit: *Sed solent Romae praefectus urbi vel praetores et in prouinciis praesides ex inquisitione eis curatores dare.* Quibus gemina reperias in l. 1. *D. de Cur. furios.* Nec aliud innuit CAIVS, dum obseruat, *saepe ad alium e lege XII. tab. curationem furiosi aut prodigi pertinere, alii praetorem administrationem dare, scilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.* l. 13. *D. eod.* Ex quibus satis intelligi puto, postremis temporibus nec furiosorum, nec prodigorum curatores bonorum curam ac custodiam suscipere potuisse sine magistratuum auctoritate, adeoque falli IO. ROBERTVM *Recept. lect. Lib. II. Cap. XXXIV.* FACHIN. *II. Controu. LXIII.* et DONELLVM *Lib. XII. Comm. Iur. Ciu. Cap. XXII.* dum necessarium esse huiusmodi decretum negant, idque tamquam superuacuum adhibitum, censent, merito eo nomine reprehensi a VIGLIO ZVICHEMO *ad §. 2. Inst. Quib. non est perm. fac. test. n. III.* ANT. GOMEZ *Resol. II. 14. n. XXXI.* et OSW. HILLIGERO *in Donello Enucl. Lib. XII. Cap. XXII. lit. F.*

VIII. Proxima aetate est curatio MINORVM, quippe inuecta lege Laetoria, lata circa annum V. C. CCCCXC. vti plerisque videtur. Haec lex tota, ceu ex fragmentis colligimus, ad minorennium commoda pertinuit. Nam et annos minorennitatis definiuit, l. 2. *Cod. Theod. de Donat.* dicta ideo lex *quinquicennaria* a PLAVTO *Pseud. Act. I. Scen. III. v. 68.* et adolescentes instipulari vetuit, eorumque promissis vim obligandi detraxit, Suet. *apud Priscian. Lib. XIII.* et dolo malo circumuentos restitui iussit in integrum, CIC. *de Offic. Lib. III. Cap. XV.* ipsisque creditoribus actionem aduersus illos denegauit. PLAVT. *Pseudol. ibid. v. 68.* quae capita huius legis collegit Illustr. HEINECC. *Hist. iur. ciu. Lib. I. Cap. III. §. LXXXV.* Sed inter ea legis Laetoriae capita nescio an omnibus praeferendum sit illud, quo minoribus XXV. annis curatores dari iussit M. Laetorius, quod-

SECT. I.

quodque ita describit IVLIVS CAPITOLINVS in vita Marci Aurelii Imp. Cap. X. De curatoribus vero, quum antea non nisi ex lege Laetoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. Minoribus itaque XXV. annis curatores dari iusserat M. Laetorius, non quidem lascivis ac dementibus tantum, ceu vulgo hunc locum accipiunt, (iis enim iam ipsa lex XII. tab. prospexerat,) sed omnibus, qui peterent, dummodo causa cognita adpareret, eos iustam petitionis suae rationem reddidisse. Quamobrem quum non nisi redditis causis curatores ex hac lege darentur: satis patet, etiam hic necessariam fuisse magistratuum auctoritatem, qui demum causa cognita interpositoque decreto curatorem aliquem constituebat. Postea Marcus Imp. constituerat quidem, ut omnes adolescentes curatores etiam non redditis causis acciperent: IVL. CAPITOLIN. *ibid.* sed tamen eos non obtruserat inuitis, sed eligentibus eosque petentibus ac desiderantibus dari iusserat. §. 2. *Inst. de Curat. l. 1. §. ult. l. 2. §. 4. D. Qui pet. tut. vel curat. l. 1. C. Quando tut. vel curat. esse desin.* At nihilominus hoc casu necessaria erat magistratus auctoritas, tum in ipsa datione curatoris, tum in eius excusatione, satisfactione, et remotione ob suspicionem: quae omnia auctore magistratu fieri debuisse, vel dupondiiis notum est.

An et in
reliquis
curationis
generibus
necessaria
iudicis au-
ctoritas?

IX. Ceterum quum tutoris curatorisque discrimen in eo maxime eluceret, quod ille primario personae, secundario rei; hic rei potissimum, ac secundario personae daretur: §. 2. *Inst. de Curat. l. 20. D. de Rit. nupt. l. 8. C. de Nupt. l. 12. §. pen. D. de Administr. tut.* non mirum profecto est, et multa alia postea inuenta esse curationis genera, veluti in litem, maxime si pupillo cum ipso tutore lis intercederet, quo casu ante Iustiniani tempora tutorem praetorium dari consuevisse, iam monuimus ex VLPIANI *tit. XI. §. XXIV. §. 5. Instit. de Curat. l. 19. D. de Auct. tut. l. 17. §. 1. D. de Adpellat. absentium vel corporis vitio morboe quodam, qui aliquos rebus suis superesse non patitur, laborantium, §. 4. Inst. de Curat. l. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. denique bonorum, quibus obaeratus cessit. l. 1. D. de Curat. bon. dando.* Sed horum omnium curatorum eadem fere est, ac reliquorum, de quibus haecenus disseruimus, ratio. Nam et pupillis curatores in litem dantur a magistratibus, et surdis et mutis, aliisque, qui rebus suis superesse non possunt, et absentibus, et hereditati iacenti *l. 3. l. 9. D. de Curat. furios. et ventri in possessionem mittendo, l. 8. D. eod. et tot. tit. de Ventr. in poss. mitt.* adeoque et his omnibus casibus necessaria est magistratuum auctoritas, nisi quod, cre-

creditoribus in possessionem bonorum missis, bonorum curator creditorum magis, quam praetorum, arbitrio constituitur, quum eum nec praetor dare possit, nisi ex consensu creditorum, *l. 2. D. de Curat. bon. dand.* et ipsi creditores id officium alicui, non adhibita magistratus auctoritate, delegare non prohibeantur. *l. ult. D. eod. l. 8. §. ult. l. 15. D. de Reb. auct. ind. poss.*

X. Ad usum hodiernum quod attinet, non modo iis omnibus casibus, quibus ius Romanum auctoritatem curatorum circa curationem requirit, ea et Germanorum moribus requiritur, sed et multo maior hic est magistratuum Germanorum, quam Romanorum, auctoritas. Cuius rei quae sit genuina ratio, paucis edisserendum est. Scilicet ita comparati erant maiorum mores, ut subtile illud tutorum et curatorum discrimen, quod religiose seruant iura nostra, ante receptum ius Romanum plane ignorarent, immo ne nomina quidem hodiernum in lingua sua habeant, quibus curatores distinguantur a tutoribus. Quod quum ex instituto demonstratum sit a viris doctissimis, GE. BEYERO et C. G. GAERTNERO Dissertationibus singularibus *de Diff. tut. et curat. in German.* nec non Ill. HEINECCIO *Elem. Iur. Germ. Lib. I. §. CCCXL.* pluribus argumentis hic firmare, ne actum agere videar, nolo. Quum itaque cura iure Germanico a tutela non differat, et in tutela eodem iure sine tutoris auctoritate nihil possit explicari: consequens est, ut idem et de curatione dicendum sit, eaque ex moribus patriis tota a magistratuum auctoritate pendeat. Non magis enim cura quis apud nos recte fungitur, quam tutela, nisi a magistratu sit confirmatus. Quod de cura furiosorum ac prodigorum extra omnem dubitationis aleam positum est, quia utrisque curatores a magistratu petendi, his praeterea causa cognita interdicendum est bonis. GAIL. *Observ. Lib. II. Cap. LI. n. II.* et *de Pace publ. Lib. II. Cap. III.* et ita HAMBVRGI quoque in patria iudicatum esse anno MDCXI. acta amplissimi Senatus testatum faciunt. Hinc in STATVTIS patriis *Part. III. tit. I. art. XV.* mentio fit *derer Verschwender, denen die Verwaltung ihres Gutes von dem Rath Obrigkeits wegen genommen ist*, et *Part. I. tit. IX. art. VII. den Sinnlosen, und denen die Verwaltung ihrer Güther verboten.* Quin *Part. III. tit. VI. art. XI.* generatim de curatoribus furiosorum, prodigorum, furdorum et mutorum alioque morbo laborantium cauetur, ut illi rogatu propinquorum dentur a magistratu: *Da auch gebrechhafte Personen gefunden werden, als unsinnige oder sinnlose, stumme, und taube, desgleichen die mit langwieriger Krankheit beladen, und lagerhaft seyn, auch die ihre Güter unnützlich verschwenden,*

An hodie in curatione furiosorum et prodigorum?

SECT. I.

die sollen Uns gleichfals durch die Mutter, oder wo dieselbe nicht mehr am Leben, durch die nächste Bluts-Freunde bey Verlust ihrer erblichen Anwartsung, wie obsteht, angezeigt, und ihnen nach Gelegenheit Curatores und Vorsorger verordnet werden. Cuius ad articuli illustrationem faciunt, quae habet MEV. ad Ius Lubec. Lib. I. tit. VII. art. VI. n. XXIII. Sed in eo manifesta est inter furiosorum et prodigorum curationem differentia, quod quum illa illico definat, simulac resipuerint furiosi: haec non aliter cesset, ac sublata bonorum interdictione, id est, causa cognita, nouoque interposito decreto, vt eodem modo res dissoluatur, quo colligata constitutaque est. l. 23. D. de Reg. iur. Ill. BERGER. Oecon. iur. Lib. I. tit. IV. §. VI. p. 180. Nec aliter IVS patrium, cuius haec sanctio est Part. III. tit. VI. Art. XXIII. Aber die Curatores oder Vorsorger der Verschwender, etc. die sollen ihre Pflēgung und Verwaltung, so bald der Verschwender sich wiederum in ein ehrliches gebührliches Wesen geschickt, und die andere gebrechliche Personen zu Geschicklichkeit ihrer Gesundheit, und Vernunft kommen, entlediget seyn, und als dann derselben ihrer Verwaltung gebührliche Rechnung thun. Ad mentem enim rediisse prodigos, aliter constare non potest, quam causa cognita, decretoque interdictionis, eadem, qua interpositum fuerat, auctoritate sublato.

An in reli-
quis cura-
tionis gene-
ribus?

XI. Sed et reliquae curationes omnes et hodie auctoritatem magistratuum requirunt. Attamen quum eae a tutelis iure Germanico vix differant; non possumus profecto, quin diuersos distinguamus casus. Aut enim, mortuo vel excusato tutore, minori vel feminae curator dandus est, idque aliter fieri nequit, quam auctore magistratu. Aut qui tutor fuit, pubere iam adolescente, cura bonorum eius fungi statuit, et tunc sufficere existimant consensum minorennis, Ill. BERGER. *ibid.* p. 171. maxime si curator ille simul agnatus sit. BERG. *ibid.* p. 505. Sed vereor, ne hanc laciniam iuris Romani praeter necessitatem moribus patriis adsuant doctores. Ex his enim non modo volentibus, sed et inuitis, adolescentibus curatores dantur, et tutores plerumque officio suo sine noua confirmatione, vsque dum maiores fiant adolescentes, funguntur. Id saltem dubio carere videtur in patria mea, cuius STATVTIS cautum est Part. III. tit. VI. art. XXI. Alle Vormunder so unmündigen Kindern gesetzt oder verordnet, die bleiben in Verwaltung solcher Vormundschaft, bisz die Pfleg-Kinder ihr mündig Alter, das ist, die Knaben 14. Jahr, die Mägdlein 12. Jahr völlig erlanget haben. Und nach Ausgang dieser Zeit sollen die Vormunder derselben ihrer Pfleg-Kinder Curatores oder Vorsorger seyn, bis die Knaben 18. Jahr ihres Alters (vel ex noua constitutione das 21. Jahr) erfüllet ha-

haben : alsdann dieselbe der Curation und Vormundschaft allerdings erlediget werden. Ex quo loco patet, ab anno XIV. vel XII. tutores in patria mea nouum quidem curatoris nomen ferre, circa eorumdem tamen officium et administrationem nihil omnino mutari, sed eosdem, qui tutela antea fungebantur, etiam cura eadem auctoritate fungi. Conf. BLOCKIUS laudata *Disfert.* §. XCVI. Nec feminis, sicubi adultae curatorum ope indigent, illi aliter quam auctoritate magistratus dantur, postquam stipulata manu, se feminis bona fide consilio adfuturos promiserint. Ill. BERGER. *Oecon. iur.* p. 178. Quod et Hamburgi procul dubio fieret, si innupta, vel vidua, curatore indigeret. Alias enim si superstes sit vel officio fungi velit curator minorenni datus, is noua non magis indiget confirmatione, quam maritus, qui iure nostro ipso iure vxoris suae curator est. Quo pertinent verba STATVTI Part. III. tit. VI. art. XXI. *Aber die Frauen können keine Sachen fordern vor Gericht, noch Gut auflassen oder geben, ohne Vormund. Daher derselben Curation oder Vormundschaft ehe nicht, dann dieselbe in die Ehe bestättet, geendiget wird. Alsdann der Mann, wie obsteht, ihr rechter Vormund ist.* Denique nec absentibus datorum curatorum alia ratio est, qui non aliter administrant, quam eam facultatem a magistratu adepti: nec circa curam bonorum, cui post eorumdem cessionem vel possessionem impetratam locus est, aliud in ipsis rerum argumentis videtur obtinere, quam quod supra ex iuris Romani principiis descripsimus.

S E C T I O II.
DE AVCTORITATE IUDICIS
C I R C A A C T V S
AD IVRA IN RE PERTINENTES
N E C E S S A R I A.

C A P. I.
DE AVCTORITATE IUDICIS
IN ADQVIRENDO RERVM DOMINIO
N E C E S S A R I A.

- | | |
|---|---|
| <p>§. I. <i>Dominii acquisitio sua natura non indiget auctoritate iudicis.</i></p> <p>II. <i>Attamen rerum immobilium occupatio eam desideravit ex Rom. institutis,</i></p> <p>III. <i>Nec non ex aliarum gentium moribus.</i></p> <p>IV. <i>Sed et res quaedam mobiles non nisi auctore magistratu occupantur.</i></p> | <p>V. <i>An et per accessionem vel traditionem aliquis adquisiverit ex auctoritate iudicis?</i></p> <p>VI. <i>Hamburgi et alibi res immobiles in alium traditione non transferuntur, nisi auctoritate iudicis.</i></p> <p>VII. <i>In quibusnam civilibus adquirendi modis auctoritatem iudicis desiderarint Romani aliaeque gentes?</i></p> |
|---|---|

§. I.

*Dominii
acquisitio
sua natu-
ra non in-
diget au-
ctoritate
iudicis.*

DŌMINII ea natura atque indoles est, vt si illud ex iure naturae ac gentium aestimemus, ad illius acquisitionem nulla opus sit auctoritate iudicis. Siue enim rem nullius OCCVPEMVS, qui solus est modus acquirendi simpliciter originarius: id, quod nullius est, ratione naturali occupanti, teste CAIO, conceditur: *l. 3. pr. D. de Adqu. rer. dom.* siue rei nostrae vel naturae beneficio, vel industria nostra, vel per vtramque aliquid ACCEDAT: eo iure vtimur, vt si cui rei, in qua propria qualitas spectatur, aliquid additum fuerit, id toto

ce-

cedat: l. 26. §. 1. *D. eod.* siue denique res in alterius constituta dominio, per TRADITIONEM in nos transferatur: nihil tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. §. 40. *Inst. de Rer. diuis. l. 9. D. de Adqu. rer. dom.* Itaque videri hic superuacua posset iudicis auctoritas, nec vllam gentem credibile existimes, tam procul a naturali simplicitate discesse, vt haec omnia, quae ipsa naturalis ratio omnibus indulget, priuatorum exemerit arbitrio, hosque acquirendi modos, iure gentium inuectos, robur suum ac firmitatem a iudicis auctoritate demum accipere existimarit.

II. Et tamen non modo Romani, verum etiam alii populi aliquando aliter sunt philosophati. Quamuis enim res mobiles, maxime quae non adeo magni momenti videbantur, si in nullius dominium peruenissent, occupanti cedere, facile paterentur, ac proinde feras bestias capienti; res hosti ereptas occupanti; inuentas inuentori adquiri, statuerent: nescio tamen an in immobilibus aliquis dominium occupatione adquirere tam facile potuerit sine auctoritate publica. Quum enim, ceu recte vidit GROTIUS *de Iur. bell. et pac. Lib. II. Cap. II. §. IV.* duplex sit OCCVPATIO, altera *per vniuersitatem*, altera *per fundos*, illaque per populum, eumque, qui populo imperat; haec per singulos fiat: dubitare quidem nefas est, quin posteriore casu vnusquisque sibi possit vindicare, partem agri sibi adsignatam, quae nullius in dominio est, at dominium tamen huius agri vix quisquam sine auctoritate publica consequitur, multoque minus vlli licet partem agri, iam a populo per vniuersitatem occupati priuato arbitrio occupare. Quamuis enim, quod vniuersim occupatum est, in singulos dominos descriptum non sit: non ideo tamen vacuum censeretur, quia manet in dominio primi occupantis, puta populi, aut regis. GROTIUS *ibid.* Ex quo consequitur, vt et nemini illud occupare liceat, nisi ex auctoritate ac consensu principis vel populi. Reliqua etiam, quae singuli occupant, eodem obseruante Grotio, sua faciunt ciues, magis adsignatione, quam occupatione libera. Itaque, quoties vel agrum publicum, vel hostilem, certo colonorum numero diuisum vellent Romani: nihil prius, nihilque habebant antiquius, quam vt certos crearent magistratus, quorum auspiciis agri cuique colono adsignarentur, de quibus GVIL. GOES *in Antiqu. agrar. Cap. IV. p. 27.* *Verum senatus auctoritate quum adsignatum est, factum semper per eos, qui speciatim sunt lecti ad id muneris, dictique sunt a numero duumviri, triumviri, quinquenviri, decemviri, vigintiviri, prout vel plures, vel pauciores ad hoc vocare placuit. Et a munere, quod obibant, dicti aliquando trium-*

Attamen rerum immobilium occupatio eam desiderauit ex Roman. institutis.

SECT. II.

niri ad coloniam deducendam, triumviri agro dando, decemviri agro metiundo diuidendoque, triumviri agrarii, AVCTORES diuisionis AVCTORES adsignationis, diuisionisque, et quandoque simpliciter AVCTORES, et etiam curatores, qui extra ordinem creabantur ad certum tempus. Siquidem lege Liuia, qua adsignatum in Africa, curatorum potestas circumscripta fuit ducentis quinquaginta diebus. Quis ergo non videt, totum hoc occupationis negotium in prouinciis et agris bello quaesitis, vel ab hoste derelictis, auctoritate publica magistratuum ad id creatorum fuisse explicandum?

Nec non
ex alia-
rum gen-
tium mori-
bus.

III. Nec aliter aliae gentes paullo humaniores, et quae respublicas bene ac praeclare institutas habuerunt, philosophatae sunt. Populorum enim nomadum esse iudicabant, quaevis obuia, tamquam res nullius vel derelictas cum familia et armentis suis occupare, quales a IVSTINO Lib. II. Cap. II. describuntur Scythae, quibus nulli inter se fines, quippe ne agrum quidem exercentibus, nec domus vlla, aut tectum, aut sedes est, armenta et pecora semper pascentibus, et per incultas solitudines errare solitis, uxores liberosque secum in plaustis vehemibus, quibus coriis imbrim hiemisque causa tectis pro domibus vtuntur. Reliquae gentes agros, armis occupatos, vniuerso populo vel reipublicae, quaefitos existimabant, ac proinde eos non nisi publica auctoritate adsignabant ciuibus, quos tamquam colonos eo deducere decreuerant. Luculentissimum eius rei argumentum ipsae sacrae litterae suppeditant, ex quibus constat, Iosua vniuersam, quam armis occupaue- rat, Palaestinam in duodecim partes diuisisse, atque habitandam dedisse totidem tribubus, mox singularum tribuum familias numerasse, et pro capitum multitudine certum cuique modum agri, atque proprios fines dedisse. Quod institutum maxime pro eo, ac decet, admiratur et cum Romanorum moribus contendit PETR. CVN. de Repub. Hebr. Lib. I. Cap. II. et sequ. Sed et ipsi Graeci, siue in agros armis partos, siue in loca non satis culta ducerent colonias, praefectos coloniis deducendis creabant, qui suum cuique agrum adsignarent fortito: vnde et κληρονομοὶ coloni dicti sunt. VBB. EMM. de Rebusp. Graec. Tom. III. p. 62. Denique et Germani, qui si CAESARI de Bell. Gall. Lib. IV. Cap. I. et Lib. VI. Cap. XXII. et TACITO de Mor. Germ. Cap. XXVI. fidem habeas, nihil priuati aut separati agri habebant, sed pro numero cultorum quemque iubeant agros per vices (vel vicos,) occupare, sufficientibus licet camporum spaciis, non tamen patiebantur a priuato quouis occupari, quantum luberet, sed, magistratus ac principes, teste eodem CAESARE, in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierant, quantum eis, et quo loco vide-
ba-

batur, attribuebant agri, atque anno post alio transire cogeant: ut satis adpareat, gentes plerasque paullo sapientiores res saltim soli occupari a nemine passas esse, nisi auctoribus magistratibus, ad quos ea res pertinere videbatur.

IV. Quin ne res quidem mobiles, hosti ereptas, promiscue cessisse priuatis, neque hos eas sibi iure occupationis vindicare potuisse, ceu sibi vulgo persuadent, satis notum est. Apud ipsos sane Germanos, quos raptō olim vixisse ferunt, spolia detracta hostibus non suo quisque arbitrio legebat, sed PRINCIPIS SVI LIBERALITATE *Sed et quaedam res mobiles non nisi auctore magistratu occupabantur.* *illum bellatorem equum, illam cruentam victricemque frameam exigebat.* TACIT. *de Mor. Germ. Cap. XIV.* Multo minus ergo Romani res mobiles alicuius pretii capientibus promiscue concedebant, sed multum interesse existimabant, sintne res extra ministerium publicum captae, an in ipso praelio. Priores statim fiebant capientium, eoque GROT. *de Iur. B. et P. Lib. III. Cap. VI. §. XII. n. I. et II.* refert res hostium, dum bellum subito exarsit, apud nos repertas, *l. 51. §. I. D. de Adqu. rer. dom. l. 12. pr. D. de Capt. et postlim.* nec non spolia hosti in singulari certamine detracta. Posteriores non aliter, quam si vel tamquam praemium virtutis inter milites diuiderentur, vel his acuendae fortitudinis causa permetteretur direptio, vel sociis subditisque suo sumtu suoque periculo reip. militantibus, praeda loco stipendii relinqueretur, ceu *ibid. §. XVIII. et §. XXIII.* ostendit GROTIUS. Tantum ergo abest, ut ex reliqua praeda unusquisque miles gregarius, quod ceperat, suum faceret, ut caput hoc non postremum esset sacramenti militaris, apud POLYB. *Lib. X. Cap. XVI.* περὶ τοῦ μηδένα νοσφίζεσθαι μηδὲν τῶν ἐκ τῆς διαπραγῆς, ἀλλὰ τηρεῖν τὴν πίστιν κατὰ τὸν ὅρκον, *nihil quemquam ex praeda intuerisurum, sed fidem seruaturos ex religione sacramenti.* Quod adeo verum est, ut is, qui praedam ab hostibus surripuerat, peculatus teneretur, teste MODESTINO *l. pen. D. ad Leg. Iul. pecul.* De quo insigni loco GROTIUS *ibid. §. XXI. n. III.* Quod vel vnum debuit iuris interpretes monere, ne, ex hostibus capta singulis adquiri, crederent, quum constet, peculatum non esse nisi in re publica, sacra aut religiosa. *l. 1. D. eod.* Itaque ne praedae quidem partem vllam sibi ii, qui in reip. ministerio aliquid hosti extorserant, adquirebant, nisi auctoritate publica. Quod et a Graecis aliisque gentibus obseruatum esse, ex Homero, Herodoto, Plutarcho, aliisque idoneis auctoribus fuisse demonstrauit laudatus GROTIUS *ibid. §. XIV. n. II.*

V. Reliqui modi acquirendi naturales ita sunt comparati, ut iure Romano non exigatur iudicis auctoritas. Siue enim naturae bene-

An et per accessio- nem et tra- ditionem aliquis ad- quirat ex auctori- te iudicis?

SECT. II.

ficio, siue industria nostra, siue vtroque modo, aliquid rebus nostris ACCEDAT, id ex iuris Rom. principiis ipso iure nobis cedit. Quemadmodum et quod ad TRADITIONEM attinet, ex Romanorum sententia dominus, ius et animum transferendi in nos domini habens, si quid ex iusto titulo in nos transfert, rem statim nostram facit, nulla licet accedente auctoritate vel confirmatione iudicis. Vix enim illi relinquere existimabant dominium, cui adimatur facultas alienandi et tradendi pro lubitu, adeo vt ARISTOTELES *Lib. I. Rhet. Cap. V.* dominium vel proprietatem in eo ponat, ὅταν ἐφ' αὐτῷ ἢ ἀπαλλοτριῶσαι. quod penes aliquem sit ius alienandi. At quod ad postremum adquirendi modum attinet, mores patrios a Romanis non parum discrepare animaduertimus, saltem quod ad traditionem rerum immobilium attinet, quippe quae passim aliter fieri non potest, quam auctoritate magistratus. Quum enim nobiliorem partem substantiae constituere soleant res soli, expediatque rei publicae, ne quis re sua male vtatur: §. 2. *Inst. de His qui sui vel al. iur.* non mirum sane est, multas gentes non aliter eas res passas esse alienari, quam dominio apud acta sollemniter abdicato. Sic sane iam ex LEGE SALICA tit. XLIX. §. I. traditio fieri iubetur in mallo publico, coram tungino et centenario, sub scuto, per laisverpum, vel festucam in sinum iactam; vnde postea natus est ritus effestuationis, hodiernum in Gelria vicinisque prouinciis receptus, de quo singulare existat opusculum FRIDER. a SANDE. Similia legas in *Lege Ripuariorum tit. LIX. §. I.* Si quis alteri quid vendiderit, et emtor testamentum venditionis accipere voluerit, in MALLO hoc facere debet, et pretium in praesente tradat, et rem accipiat, et testamentum, (quo vocabulo hic quodlibet instrumentum designatur) PVBLICE conscribatur. Quin et medio aevo hunc morem constanter esse obseruatum, satis constat ex IVRE PROV. SAX. *Lib. I. art. XXXIV.* et *LII. Lib. II. art. XXX.* et WEICHB. *art. XX.* vt merito mireris, quosdam de illa Saxonum consuetudine addubitare, eamque tantum in Electorali Saxonia necessariam credere. De qua lite olim inter CARPZOVIVM et FRANZKIVM agitata fusiusegit, omniaque vtriusque argumenta sub censuram vocauit Ill. WERNHER *Part. V. Obs. XXXV.* Nota sane et hodie in illo tractu est resignatio iudicialis, die gerichtliche Verzicht oder Auflassung, per quam intelligunt actum iudiciale, quo quis dominio suo in re immobili renunciat, illudque iudici resignat, ab hoc per inuestituram in alium transferendum. Eo enim facto dicere solent Germani, der Kauffer habe das verkauffte Gut in Lehen und Wurden empfangen, de qua rerum allodialium inuestitura, apud

apud Germanos frequentissima, quippe modo acquirendi iuris Germanici genuino, plura dixerunt DECHER. *de Inuestit. rer. allodial.* GE. BEYER *Specim. Iur. Germ. Lib. I. Cap. XIX. Ill.* HEINECC. *Elem. Iur. Germ. Lib. II. §. XXIV. §. CXV. sequ.*

VI. Eiusdem moris hodie seruantissimi sunt tum LVBECENSES tum HAMBVRGENSES. Illi *Lib. III. iuris Lub. tit. VI. §. I.* legem hanc dicunt venditionibus rerum immobilium, *Würden liegende Gründe, und stehende Erbe verkaufft, so müssen dieselbe vor dem Rathe verlassen, und dem Kauffer Jahr und Tag gewehret werden.* Opus ergo est partim resignatione domini coram Senatu, (*vor sitzenden Rathe*) vti *Art. II.* vocatur, partim inscriptione in librum ciuitatis. Vtrumque vero quo ordine fiat, pluribus ostendit doctissimus iuris Lubecensis interpres MEVIVS *ibid. n. 17. seq.* dum ritum vniuersum ita describit: *Forma istius cessionis haec est, quod venditor una cum emtore coram consessu Senatus, publice pro tribunali sedentis (vor sitzenden Rathe, wann er öffentliche Audienz giebet,) comparet, ibi contractum intimat, suamque voluntatem de cedenda re vendita declarat, rogans porro, ut sollemniter cessio admittatur, eiusque in publicum librum inscriptio fiat. Iis precibus cuilibet licet intercedere, quibus inde praecudicium imminet. Si nulla eius causa vel manifesto iniqua reperitur, reiici solet contradictio non iustificata. Si aliquid causae praetextitur, siquidem post auditam utramque partem in loco de veritate et iure decernere liceat, statim Senatus, quid faciendum decernit. Vbi ampliori discussione indiget, ad eum, qui ad hanc rem procesus summarius vel ordinarius pro circumstantiarum qualitate necesse est, partes admittuntur. Facta decisione, atque contradictione reiecta, decernitur a Senatu illa sollemnis cessio, die Verlassung, et, absente seu contumace altera parte, eius loco publico ministro eam facere iniungitur, eiusque nomine ab aliquo Senatorum, (certi enim Senatorii muneris portio id esse solet) consueta quadam formula et ritu id expeditur. Hoc peracto rogari solet inscriptio in librum ciuitatis, die Einschreibung in das Stadt-Buch, quae coram custodibus istius libri, veluti apud nos camerariis expeditur, sed a Senatu aequae decernitur. Haec MEVIVS, qui et insignes eius cessionis, publice factae, effectus ostendit, veluti quod illa loco traditionis sit, plenumque et perfectum in alterum transferat dominium, ac proinde nondum facta cessione, venditor, creditoribus concurrentibus, tamquam dominus praeferatur, quum in cessa re nulla praerogatiua prae aliis creditoribus donetur, nisi vel dominium sibi, donec solutum sit pretium, expresse reseruarit, vel hypothecam sibi eo nomine in re vendita et tradita constituendam curarit. MEV. *ibid. in addit. ad n. 7. et 15.* Id quod et alii iureconsulti, vsus fo-*

Hamburgi et alibi res immobiles in alium traditione non transferuntur, nisi auctore iudice.

SECT. II.

rensis peritisimi, testimonio suo confirmant, vid. GAIL. II. Obs. XV. CARPZ. P. I. Const. XXVIII. def. XXI. et XXIII. Nec alii sunt HAMBVRGENSIVM meorum mores. Eo enim pertinent verba Iuris nostri Part. II. tit. VIII. art. VI. *Wann liegende Gründe, stehende Erbe, oder Zinse verkaufft seyn, sollen dieselbe vor dem sitzenden Rathe in öffentlicher Audienz verlasen, und folgend in dieser Stadt-Erb- oder Rente-Buch geschrieben werden, und der Verkaufser des Hauses die Gewehre mit einem gnugsamen Bürgen auf Jahr und Tag dem Kauffer zu bestellen schuldig und verbunden seyn.* Immobilibus ergo hic accensentur etiam annui redditus, Zinsen oder Renten, quos et in laudato iuris Lubecensis articulo subintelligi, recte monet MEV. *ibid.* n. 16. quia art. II. et III. diferte iunguntur bonis immobilibus. Deinde praetermittendum non videtur, ius patrium non modo ad praestandam euictionem intra annum obligare venditorem, sed et eo nomine satisfactionem illi iniungere, quum id nec iure Lubecensi exprimat, nec fideiussores euictionis causa exigit ius Romanum. l. 4. pr. l. 37. pr. D. de Euict. Quam iuris Romani et patrii differentiam iam laudatus BLOCKIVS *Disertatione*, quam saepe ad partes vocauimus, §. LXII. obseruauit, quamuis de d. l. 4. conferri mereantur, quae contra CLAVD. SALMASIVM disputarunt DES. HERALD. *Obs. ad Ius Attic. Lib. IV. Cap. II. n. III. et* WAECHTLER. p. 23. Denique non minor iure nostro resignationis illius iudicialis effectus est, quam iure Lubecensi. Emtori enim inde dominium tam certum acquiritur vertente anno, vt, eo exacto, plane securus sit, nec res vendita ab vilo possit vindicari: IVS HAMBVRG. P. II. tit. VIII. art. VII. nisi quod ob iustam absentiae causam hic annus et dies a tempore scientiae currit, Part. II. tit. VI. art. XIV. modo, qui ea exceptione vtitur, ignorantiam anteriorem, postulante aduersario, iureiurando confirmet. P. I. tit. XXX. art. III. In quo articulo, quamuis ille in quibusdam capitibus mutationem passus sit per Recesum, A. MDCXVIII. quod ad hanc tamen clausulam attinet, nullam plane nouationem, animaduertimus. Addimus et hunc resignationis illius effectum, quod, quum iure Romano cautum sit, vt commodum periculumque rei venditae, perfecto contractu, illico ad emtorem transeat, l. 7. pr. D. de Peric. ac commod. rei vend. l. 10. D. de Reg. iur. ex patriae moribus vtrumque penes venditorem sit tantisper, dum publice et coram Senatu amplissimo, facta sit resignatio. Eo enim pertinent verba STATVTI Part. II. tit. VIII. art. XIII. *In liegenden Gütern aber kan kein Schade oder Vorthail dem Kauffer zugerechnet werden, es sey ihm dann zusehenderst vor sitzenden Rath verlasen.*

VII. Sed haec quidem de *modis acquirendi iuris gentium* dicta sufficiant. *Civiles* apud Romanos erant quam plurimi, tam vniuersales quam singulares, veluti *hereditas*, de qua paullo post erit dicendi occasio, *mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*, *sub corona emptio*, *auctio*, *adiudicatio*, *lex*, *adrogatio*, et si qui sunt alii. Non pauci vero horum acquirendi modorum ita erant comparati, vt sine publica magistratuum auctoritate explicari non possent. *In iure sane cedi* aliquid non poterat, nisi adessent tres personae, vna quae *cederet*, puta dominus; altera, quae *vindicaret*, factaque sibi rei cessione, verbis sollemnibus vteretur: HANC EGO REM EX IVRE QVIRITIVM MEAM ESSE AIO: tertia quae *addiceret*, id est magistratus, veluti praetor, vel prouinciae praeses, qui cedentem interrogare solebat, vtrum contra vindicet, an fiat auctor? et, si eum auctorem fieri velle intellexisset, subiciebat formulam: QVANDO TV NEGAS, (te contra iudicaturum,) HANC EGO REM PRAESENTI ET VINDICANTI ADDICO. VLP. tit. XIX. §. IX. CAI. Instit. Lib. II. tit. I. §. VI. BOETH. Comment. ad Cic. Top. Lib. III. Sed et *auctio* requirebat magistratum, qui rem emptam plus licitanti addiceret, idque fortassis decemviorum stlitibus iudicandis fuit officium, quos *hastae praefuisse* nouimus ex l. 2. §. 29. D. de Orig. iur. Quo facto is, cui res fuerat addicta, dominium eius perfectum adquirebat, quod vocabatur AVCTORITAS, quamuis postea id vocabulum ad dominium quaecumque translatum esse obseruet CAR. SIGON. de Iure ciu. Rom. Lib. I. Cap. XI. Enimvero quum hi similesque acquirendi modi iam pridem euanuerint; illis iam immorari vix est operae pretium. Nos addimus, Germanis civilem acquirendi modum praecipuum praeter usucapionem vel praescriptionem fuisse *inuestituram*, quam et in rebus allodialibus in alium transferendis adhibitam fuisse, iam paullo ante obseruauimus. Hoc ergo casu magistratus, cuius in territorio praedium situm erat, sollemniter inuestiebat nouum dominum: idque et hodie passim fieri, itidem supra monuimus. Sin quis feudo inuestiendus esset: id fieri vix aliter solebat, quam in curia feudali, adhibitis in consilium paribus curiae, adeoque in iudicio feudali II. Feud. 32. et 33. Et quamuis hodie plerisque locis ab usu recesserit ille Parium curiae consessus: eius tamen vestigia superesse animaduertimus in ipsis inuestiturae litteris, quibus plerumque subiunguntur nomina consiliariorum, quasi Parium vice fungentium: *Bey dieser Belehnung sind gewesen, und Zeugen, die würdige, vest und hochgelahrte, unsere Rätthe, liebe andachtige und getreue N. N. und andere der unsern glaubwürdigen mehr.* SCHILTER. Instit. iur. feud. Cap. XI. §. X. TITIVS in Teutschen Lehen-Recht. Adpend. §. VI. CAP.

In quibus. nam ciuilibus acquirendi modis iudicis auctoritatem desiderarint Romani et aliae gentes?

CAP II.
DE AVCTORITATE IUDICIS
CIRCA HEREDITATIS
DELATIONEM ET ADQVISIONEM
NECESSARIA.

- | | |
|--|--|
| <p>§. I. <i>Hereditates deferebantur apud Rom. vel ex testamento, vel ab intestato, non a magistratu.</i></p> <p>II. <i>Testamenta non fiebant auctoritate iudicis, sed initio in comitiis.</i></p> <p>III. <i>Postea per aes et libram, vel iure praetorio, vel nouo testandi ritu.</i></p> <p>IV. <i>Demum et publica testamenta auctoritate principis vel magistratum valuerunt.</i></p> <p>V. <i>Quod et hodie usu obtinet.</i></p> <p>VI. <i>An in testamento publico offerendo requiratur testatoris praesentia?</i></p> | <p>VII. <i>Alicubi absque testandum auctore magistratu.</i></p> <p>VIII. <i>Pacta successoria apud Rom. illicita, in Germania licita.</i></p> <p>IX. <i>An in his necessaria fuerit iudicis auctoritas?</i></p> <p>X. <i>An hodie sit necessaria?</i></p> <p>XI. <i>Maxime in pactis successoriis priuatorum.</i></p> <p>XII. <i>An iudicis auctoritas requiratur in successione ab intestato?</i></p> <p>XIII. <i>An in bonorum possessionibus?</i></p> |
|--|--|

§. I.

*Hereditates deferre-
bantur vel
ex testa-
mento vel
a lege: non
a magi-
stratu.*

Progredivimur ad alterum ius in re, quod in HEREDITATIBVS versatur, quarum duplicem apud Romanos conditionem fuisse no- uimus. Nam vel ex TESTAMENTO, vel AB INTESTATO ad aliquem pertinebant. §. ult. *Inst. Per quas pers. cuique adquir.* Nec alius proditus erat modus quo ex iure ciuili alicui deferri posset hereditas, quia PACTA de futura hereditate siue tertii, siue ipsorum paciscentium, non modo illicita, sed et odiosa, et plena tristissimi ac periculosi euentus videbantur, nisi posteriore casu miles ita pactus, prioris generis conuentio autem siue de hereditate personae incertae, siue certae consentientis inita esset. l. 19. et l. ult. *C. de Pact.* At eueniebat tamen saepenumero, vt Praetores, quibus ius erat, noui quid edicere, adiuuandi vel supplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia, propter utilitatem publicam, l. 7. §. 1. *D. de Inst. et iure.* non quidem hereditatem, at BONORVM tamen POSSESSIONEM edictalem, siue SECVNDVM, siue CONTRA TABVLAS, siue

siue ab INTESTATO darent : immo et causa cognita aliquibus *decretalem* bonorum possessionem concederent. In quibus omnibus quid auctoritate magistratus fieri oportuerit, paucis pro instituti ratione, dispiciemus.

II. Et ad TESTAMENTA quidem quod attinet, ea initio non poterant aliter, quam publica auctoritate, fieri, existimantibus Romanis, id quod res est, non ferre rationem iuris, ut leges de successione legitima, publica auctoritate latae, priuato cuiusuis arbitrio mutantur, aliusque, quam quem leges vocabant, heres a ciue scribatur. Hinc eleganter more suo V. A. CORN. van BYNKERSHOEK *Obs. Lib. II. Cap. II. Lex praescripsit succedendi formulam, et, quae eius potestas est, etiam testamenti factionem permisit, sed haud aliter, quam lege quoque, ut sic lex in causa intestati abrogaretur alia lege in causa testati. Quare ad excludendos proximos, qui lege vocabantur, Romae testamenta ut leges quaelibet, apud populum Romanum, calatis comitiis, condebantur.* Recte sane ac sapienter, si quid aliud. Nihil enim est tam naturale, quam eodem modo quidque dissolui, quo colligatum est, l. 35. D. de Reg. iur. ac proinde et legem de successione intestatorum alia lege abrogari. Itaque testamentum illud, in comitiis calatis conditum, nihil aliud erat, quam lex, quippe ab vniuerso populo, rogante senatorio magistratu, constitutum. §. 4. *Inst. de Iur. nat. gent. et ciu.* De ipsis huius testamenti ritibus, quos iam alii viri docti cum cura descripserunt, iam nihil addo, id tantum monuisse contentus, similem et Athenis testandi rationem fuisse. Eo enim modo Callias, Hipponici filius, *προσηλθε τῷ δήμῳ, τὰ χρήματα δίδους καὶ τὸν οἶκον, ἄνπερ αὐτῷ συμπέσῃ μὴ καταλιπόντι γενεάν ἀποθανεῖν.* heredem Alcibiadem CORAM POPULO ex asse, si ipse decessisset sine liberis, nuncupauit, teste PLVTARCHO in *Alcib.* p. 159.

Testamenta non fiebant auctoritate iudicis, sed initio in comitiis.

III. Postea pertaesum est harum ambagum, et priuato arbitrio testamenta scribi heredesque nuncupari coeperunt, iam ab eo tempore, quo cautum fuerat XII. TABVLIS: PATERFAMILIAS VTI LEGASSIT SVPER FAMILIAE, PECVNIAE TVTELAEQVE SVAE REI, ITA IVS ESSET. Hinc enim iureconsulti, qui legis componebant actiones, certamque rebus omnibus formam praescribebant, id salua iuris antiqui disciplina rectissime fieri posse censebant, si testatorem hereditatem, tamquam rem mancipi, et in dominio eius Quiritario constitutam, vendere fingerent per aes et libram, addita tamen secreta lege, ut non familiae emtor, sed is, quem tabulis suis scripsisset heredem, hereditatem post fata sua acquireret. Hinc ergo natum testamentum *per aes et libram*, quod

Postea per aes et libram, vel iure praetorio, vel nouo testandi modo.

SECT. II.

absoluebatur partim *familiae mancipatione*, coram quinque testibus, adhibitoque libripende et antestato, facienda, partim *nuncupatione*: HAEC VTI IN HIS TABVLIS CERISVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITA- QVE VOS, QVIRITES TESTIMONIUM PRAEBITO TE, ceuriturum hunc veterem descripsit VLPIANVS *tit. XX. §. IX.* Quamvis vero necessaria omnino esset haec sollemnitas, eumque in finem et iureconfulti adhiberentur in consilium ab iis, qui testari constituerant, ne quid harum circuitionum omittendo nihil egisse viderentur: CIC. *de Orat. Lib. II. Cap. VI.* ARRIAN. *in Epictet. Lib. II. Cap. XIII. l. 88. §. 17. D. de Legat. 2.* nihil tamen horum omnium apud praetorem vel interuenientibus actis peragebatur, sed sufficebat quinque testium, ciuium Romanorum, et quibuscum esset testamenti factio, praesentia, quamvis nihil auctore magistratu gereretur. Multo minus ergo testamentum praetorium publica auctoritate scribebatur, quippe quod firmabat praetor, non ideo, quod se auctore scriptum esset, sed quod in iis tabulis non minus, quam septem testium signa conspicerentur. §. 3. *Inst. de Test. ordin.* CICERO *Lib. I. in Verr. Cap. XLV.* Quumque postea noua testandi forma inolesceret, ex vetustis ritibus, praetoris edicto principumque constitutionibus, veluti in vnā massam conflatis, nata, §. 2. *Inst. cod.* (id quod a temporibus Theodosii iunioris et Arcadii factum esse, docuit IAC. GOTHOFREDVS *Comm. ad Cod. Theod. Tom. I. p. 335.*) ne tunc quidem ea in re necessaria esse coepit magistratuum auctoritas, sed licuit unicuique intra priuatos parietes vel scribere, vel nuncupare heredem, dum praescriptas legibus sollemnitates accurate obseruaret. Quo fit, vt hoc testamentum vocetur PRIVATVM, tamquam quod priuata testium fide nititur, vel *auribus priuatorum publicatur*, vti est in l. 19. *C. de Testam.*

Demum et
testamen-
ta publica
auctorita-
te principis
vel magi-
stratuum
value-
runt.

IV. At iure demum nouissimo in vsum quodammodo reuocata est testamenti factio *publica*. Quum enim et noua illa priuatim testandi forma ob sollemnitatum multitudinem satis taediosa videretur, et saepenumero contingeret, vt, si qua earum omisa esset, supremum mortui iudicium totum corrueret, l. 25. l. 29. *D. Qui test. fac. poss.* et ne quidem iure codicilli vel fideicommissi valeret, l. 41. §. 3. *D. de Vulg. et pup. subst. l. 29. C. de Fideic.* nisi vel clausula codicillari sustineretur, l. ult. §. 1. *C. de Codicill.* vel praetor, sublato impedimento, inde daret bonorum possessionem secundum tabulas: l. 12. l. 17. *D. de Iniust. rupt. irrit. facta test. l. 11. §. 2. D. de Bon. poss. sec. tab. §. 6. Inst. Quib. mod. test. infirm.* e republica visum est, gra-

gratiam tot ambagum fieri ciuibus, dummodo publica auctoritate de rebus suis disponere vellent. Vnde nata testamenta PVBLICA, de quibus plura HONORIVS et THEODOSIVS Augusti in l. 19. *C. de Testam.* Eorum duo genera illa lex commemorat: alterum, quod auctore iudice vel actis interuenientibus fieret, vel saltim iudici insinuaretur: alterum ipsi principi oblatum, quorum illud hoc prius esse atque antiquius, vel inde colligi posse videtur, quod et laudati principes, Honorius et Theodosius, et VALENTINIANVS in Nouellis suis (*Lib. IV. tit. IV. de Testam.*) ex eius validitate argumentum ducant, probentque, vel ideo ratum esse debere testamentum principi oblatum, quod et actis insinuatum iure optimo valeat: nisi cum CUIACIO *ad Pauli Recept. sent. Lib. IV. tit. VI. §. I.* statuere malis, principes non loqui de testamentis ab ipso testatore iudici oblatis, sed post ipsius mortem apud acta publicatis, et in protocollo relatis, quae insinuatio tantae erat utilitatis, vt exemplo, in acta relato, non minus fidei haberetur, quam ipsis tabulis authenticis, l. 2. l. 18. l. 23. *C. de Testam.* Vt cumque sese res habeat, formam insinuandi testamenti nobis seruauerunt veterum formularum scriptores, et in his praecipue MARCVLFVS *Lib. II. Cap. XXXVII. sq.* quamuis et ea magis ad publicationem, quam oblationem testamenti, pertinere videatur, ceu iam ab HIERON. BIGNONIO in *Annotationibus* p. 948. *sequ.* obseruatum est.

V. Nullum est dubium, quin eo iure et hodie vtamur, vt vnicuique liberum sit arbitrium, siue priuatim disponendi de rebus suis, siue supremum iudicium vel principi, vel iudici offerendi. Neque interest, femina sit, an masculus: CARPZ. *Part. II. Const. XV. def. XII. n. VII.* IVS PROV. WVRTEMB. *Part. III. tit. III. §. erstlich mag.* integrae sanitatis, an aegrotus, dummodo sit habilis, et iure testamenti factionis gaudeat. Quod adeo verum est, vt quamuis caeco singularis testandi forma praescripta sit, l. 8. *C. Qui testam. fac. poss.* haec tamen obseruatio plane cesset, si caecus apud acta sibi heredem nuncupet, de aliisque iudicii supremi capitibus coram declaret voluntatem suam. Quum enim tota illa l. 8. dispositio ad euitandas fraudes, quibus facile perueri vltima caeci voluntas posset, comparata sit: ea suspicio plane cessat, si res praesente iudice agatur, c. 6. *X. de Renunc. c. 16. fin. X. de Sent. et re iud.* Ex qua eadem ratione ne testes quidem adhiberi necesse est, quamuis nonnullis in mentem venerit, iudiciali etiam caeci testamento duos vel tres testes fidem facere. Vid. ANT. FAB. *Cod. Lib. VI. tit. V. def. XXIII.* Saltim enim in Germania id non exigunt leges publicae, adeoque sufficit, si

Quod et
hodie vfu
obtinet.

SECT. II.

caeci apud acta, non oblati tabulis, sed viua voce et per nuncupationem, testentur. Quod de aliis quoque, qui perpetuo sensuum vitio laborant, videtur statuendum, modo testari possint, veluti de surdis et mutis, in quibus discretum illud vitium est, quos et IVS HAMB. *Part. III. tit. I. art. XV.* testari patitur. Vt paucis dicam, tantum ponderis hic inest auctoritati iudicis, vt omnem suppleat defectum sollemnitatum, et voluntas vltima principi vel iudici rite insinuata, vel eo praesente declarata, sine dubio rata habenda sit.

An in testamento publice offerendo requiratur testatoris praesentia?

VI. Attamen hac occasione disquirere solent iureconsulti, vtum id negotium ipse testator praesens debeat explicare, an procuratoris opera vti possit? Posterius vero tanto consensu ac veluti ex compacto negant iureconsulti, vt quum in alia omnia primus fere iret vir celeberr. SAM. STRYCKIUS, et in *Cantelis Test. Cap. VIII.* testamentum huiusmodi per procuratorem etiam, speciali mandato instructum, offerri posse ex instituto probaret, non alios ὁμοψήφους laudare posset quam IO. OTT. TABOREM *de Testam. princ. ant. comit. obl. Cap. V. §. X.* STRVVIVM *Exerc. XXII. §. IX.* et MYLER ab EHRENB. *de Princ. et stat. imp. Cap. XXVIII. §. IV.* Et fane si dicendum, quod res est, nulla videtur excogitari posse idonea ratio, cur hic non credendum sit procuratori, speciali testatoris mandato instructo, easque, quas vulgo adferunt, ita comparatas esse ostendit Strykius, vt earum causa non temere quisquam deserturus sit vadimonium. At quum tamen et error aliquando ius faciat, et nemo prudens minus tuta tutis praeferre soleat: rectius sibi consulunt, qui supremum iudicium suum non alterius auribus manibusque committunt, sed ipsi se sistunt coram iudice, vel eundem, si lectulo affixi sint, ad se inuitant, eique vel offerunt tabulas a se antea scriptas, vel saltem viua voce heredem eo praesente nuncupant, atque ita eadem opera et fraudes omnes euitant, et testamentum suum nullitatis periculo eximunt. Saepius enim iudices in concipiendis sententiis communi, quam vocant, doctorum opinione, ac praeiudiciis, quam legum rationumque pondere, in alterutram sententiam flecti, vel ipsa docet experientia, ac proinde illi, qui rem omnem in vado esse cupiunt, nihil agere possunt prudentius, quam si ex duabus sententiis eligant tutissimam, quamuis ea argumentis solidissimis facile infringi possit.

Alicubi abscisse testandum est auctore magistratu.

VII. Id vero notatu non indignum est, ex quibusdam Germanorum statutis adeo necessariam circa testamenti factionem videri auctoritatem iudicis, vt vix liceat aliter de rebus suis disponere, quam publice. Exstat viri Ill. IO. GOTTL. HEINECCI

Exer-

Exercitatio de Testamenti factione iure Germanico artissimis limitibus passim circumscripta, vbi §. XIII. ostendit, alicubi ciues vel generatim, vel certis saltim casibus de rebus suis vltima voluntate constituere non posse, nisi ex indulgentia Principis: §. XXVII. vero, alicubi non alia testamenta rata esse, quam publica auctoritate, vel apud acta condita. Eo sane pertinet dispositio IVRIS LVBEC. Lib. II. tit. I. art. IV. quae testamenta nuncupari iubet in *Gegemwärtigkeit zweyer Rathmannen*, vel eadem offerri saltim senatoribus, *denen Rathmannen*. Quamuis enim MEVIVS ad hunc art. n. 162. ciuibus eo ipso non ademtam esse existimet facultatem priuatim et adhibitis omnibus sollemnitatibus testandi: id tamen vel ideo minus probabile videtur laudato Heineccio, quod ibidem statim additur, si senatorum non sit copia, fas esse et coram duobus ciuibus, immobilia possidentibus testari, modo quis non vltra X. marcas eo testamento largiatur: *Cur enim*, inquit vir illustris, *non potius testatori commendassent statuti auctores, ut tunc coram septem rogatis testibus ultimam voluntatem enunciaret: si admittere intra moenia voluissent testamenti factionem Romanam?* Ibidem prouocat ad Statuta Zittauiensia MSC. quibus non aliter testari permittitur ciuibus, quam *mit Vorwissen eines ehrbaren Rathes, in Gegenwartigkeit zweyer oder mehrer hiezuvon einem Rath oder den Gerichten erfordereten Personen*: addita sanctione poenali: *Was aber sonst vor Testament gemacht werden ohn Vorwissen oder Beyseyn des Rathes oder der Gerichte, die sollen keine Krafft, noch Macht, auch keinen Nahmen eines Testaments haben, sondern vor nichtig, krafftlos und unbündig angesehen und gehalten werden.* Geminam ibidem recenferi videmus dispositionem iuris Colonienfis, nisi quod illud praeter duos scabinos etiam notarii exigit praesentiam. Haud paullo humaniores vero sunt, quibus HAMBVRGI viuimus, leges. Quamuis enim et ipsae Part. III. tit. I. art. I. moneant, maiores nostros ex litium, quae de testamentorum sollemnitatibus oriri soleant, verecundia iam inde ab antiquissimis vsque temporibus formam testandi simplicissimam praescripsisse, puta, vt, adhibitis duobus senatoribus et secretario, testator vltimam voluntatem vel viua voce enunciet, vel scriptam offerat, eamque testamenti factionem vnice commendent ciuibus: paullo post tamen hanc rem cuiusuis permittunt arbitrio, adduntque Art. III. *Wollte auch iemand aus sonderbaren bewegenden Ursachen lieber nach Ordnung und Zierlichkeit der gemeinen Rechten sein Testament aufrichten, dann obgesetzter heilsamer Form sich gebrauchen: so soll ihm solches auf seine Gefahr hinführo zugelassen, jedoch die Notarien dabey gewarnet seyn, allen möglichen*

SECT. II.

lichen Fleisz anzuwenden, cetera. Quam optionem et alibi esse testatoribus permisam, arbitramur, sicubi non diserte ciuibus adempta est facultas priuatim testandi.

Pacta successoria apud Romanos illicita, in Germania licita.

VIII. Haftenus de auctoritate iudicis circa testamentifactionem. Pacta successoria Romanos plane proscripsisse, iam supra obseruauimus, adeoque neminem fore puto, qui ex iudicis auctoritate vel confirmatione robur iis accessisse existimet. Ea enim tantum pacta conuenta se seruaturum promiserat praetor, *quae neque dolo malo, neque aduersus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta essent.* l. 7. §. 7. D. de Pact. Hinc siue de alterius tertiiue hereditate acquirenda, siue de eadem repudianda pacti essent: ea pactio legibus bonisque moribus aduersari credebatur, adeoque ne a praetore quidem poterat confirmari. l. 19. l. ult. C. de Pact. At Germani iam olim ea de re multo aliter philosophabantur. De iis iam TACITVS de Mor. Germ. Cap. XX. *Heredes, inquit, successoresque sui cuique liberi: NVLLVM TESTAMENTVM: si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patruus, auunculi.* Quum ergo testamentifactionem plane ignorent maiores nostri: vice eius erant pacta successoria, quae semper in Germania valuisse, ex instituto demonstrauit Ill. HEINECC. Iur. Germ. II. 6. §. 246. sequ. Qua in re et hodie antiquum obtinent Germani, vbi non modo inter principes personasque illustres saepe inita et etiamnum ineuntur pacta *confraternitatis, ganerbinatus, fideicommissorum conuenientium, primogeniturae, maioratum, renunciatiua filiarum gente enubentium*, et similia, de quibus iusta exstant eorum, qui ius publicum cum cura tractarunt, volumina: sed et inter priuatos nihil frequentius est pactis dotalibus de hereditate praemortui in superstitem coniugem transferenda, de vnione prolium, similibusque, quae plerumque, si rite fiant, rata habentur. STRYK de Succesf. ab intestato Disf. VIII. Cap. II. sequ.

An in his necessaria fuerit iudicis auctoritas?

IX. Nostrum vero est, hic disquirere paullo accuratius, an et in istis pactis ineundis necessaria sit iudicum auctoritas. Et veteres quidem FRANCI, quos prae aliis gentibus originis Germanicae iure formulario ritibusque sollemnibus delectatos esse, iam demonstrauit SCHILTER Exerc. II. in additam. p. 41. sequ. nihil horum, nisi apud acta, et adhibitis certis sollemnitatibus, explicari posse statuebant. Hinc si quis hereditatem suam alteri rite traditam vellet: id ex praescripto LEGIS SALICAE tit. LXIX. fieri oportebat per *adfatomiam*, vel *adramitionem*, in iudicio, sub scuto, iacta in sinum heredis festuca, porro, eo facto, heres adhibitis testi-

testibus in aedibus donatoris actum posesforium exercere, et ibi conuiuium instruere, hospitesque excipere tenebatur. Sed et RIPVARIORVM lex, tit. XLVIII. quamuis istas ambages non omnes tam accurate et sollicitate describat, tamen pacta illa successoria *vel coram rege, siue in iudicio publico per adfatomiam sollemnemue traditionem, intercedentibus instrumentis vel testibus* iniri iubet. Apud eosdem nec pactum renunciatiuum, quo se quis *de parentela sua tollere* dicebatur, aliter ratum erat, quam si renunciaturus *in mallum*, id est, iudicium, *aut in tunchinium*, id est, in decani, seu iudicis vicarii curiam, *ambulare*, et *ibidem quatuor fustes alninos super caput suum frangeret, in quatuor partes, et illos in mallo iaceret, et ibi diceret*: QVOD SE DE IVRAMENTO, ET DE HEREDITATE, ET DE TOTA RATIONE ILLORVM TOLLAT. Ita enim hunc ritum describi animaduertimus LEG. SAL. tit. LXIII. vbi videndus ECCARDVS p. 108. Sic veteres Franci: nec aliter medio aeuo SAXONES. Quamuis enim isti nec adfatomiam, nec vllum alium ritum similem recepisse videantur: tamen in hoc eorum mores similes erant Francicis, quod omnia haec pacta in iudicio fieri et a iudice firmari vellent. Hinc in IVRE PROV. SAX. Lib. II. Art. XXX. negatur, pacta dispositiua de tertii hereditate rata esse, nisi probari possit, ea apud acta esse inita: (*das soll man halten vor unrecht, und nicht glauben, man möge dann bezeugen, dasz das Gelübde vor Gerichte bestätigt sey.*) Ex eorundem Saxonum moribus et priuatim factae renunciationes hereditatis seruandae erant, nisi is eae, qui quaeue renunciauerat, iuraret, se non renunciaffe. At qui apud acta renunciauerat, frustra offerebat iusiurandum, si ex actis constaret, eum renunciasse. *Verloben sie es vor Gericht, so mag man sie basz überzeugen, dann sie es unschuldig mögen werden.* IVS PROV. SAX. Lib. I. Art. XIII. Denique circa pacta adquisitiua distinguebant Saxones inter res soli vel immobiles, et mobiles. Illas aequae, ac mancipia nemo rite per pactum in alium transferebat, nisi consentientibus heredibus legitimis, et apud acta. At de rebus mobilibus recte quisque paciscebatur etiam mortis causa, dummodo conscendendo equum specimen sanitatis integrarumque virium edidisset. Quae omnia fusius traduntur eodem IVRE PROV. SAX. Lib. I. Art. LII.

X. Tales erant maiorum mores. Quod ad hodiernos attinet, illustres gentes pacta confraternitatis, ganerbinatus, similiaque inter se inire posse, plerique negant, nisi Imperatoris accedat confirmatio. Quum enim principes plerasque prouincias, tamquam feuda ab Impera-

An hodie
necessaria
habeatur?

pera-

peratore ac Imperio recognoscant : ex iuris feudalis principiis fieri vix posse videtur, vt de istis suo arbitrio disponant, et sic feuda pro lubito alienent infcio domino. Id vero quamuis olim non semper obseruatum videatur, ceu docent exempla, quae suo more incredibili diligentia collegit IOH. FRID. PFEFFINGER *Vitriar. illustrat. Lib. III. Tit. XX. §. LXXXIV. p. 217. sequ. Tom. IV.* non tamen ideo existimandum est, irrita esse pacta huiusmodi, antiquitus inita, quae confirmata olim ab Imperatoribus esse, probari nequeat : quum Capitulatione Leopoldina et sequentium Imperatorum, immo et in perpetua illa generatim confirmentur. Vid. *Capitul. Caroli VI. Art. I.* Quid vero de nouis, et demum post illas capitulationes initis? Illas confraternitates similesque pactiones tantum abest, vt sine consensu ac confirmatione Imp. fieri posse existiment, vt ne sufficere quidem illius consensum, sed illum de Electoralis collegii sententia interponendum esse statuunt CARPZ. *de Pact. confratern. Sax. §. XLVII. et LVII.* GVTTICH. *de Confratern. thes. VI. lit. a.* LIMN. *Jur. publ. Lib. IV. Cap. VIII. n. 153.* ITTER *de Feud. Imp. Cap. XVII. §. X.* idque ex consultissima illa ratione, quod pactitia illa de territoriis Imperii dispositio sit genus alienationis, Imperator vero, si vel ipsa opima Imperii feuda alicui de nouo conferre, vel spem ea aliquando obtinendi, quam *expectantiam* vocant, facere velit, Electores immo et reliquos Status in consilium adhibere teneatur per *Capitulat. Caroli VI. artic. XI.* Negat quidem hoc, et facultatem etiam sine Statuum consensu huiusmodi pactiones confirmandi Imperatori argumentis haud futilibus vindicat RHETIVS *de Transmiss. territor. Cap. II. n. 41. p. 354.* Sed maxime probabilis videtur eorum sententia, qui hic distinguendum putant inter bona principum Statuumque allodialia, (quorum multa in Imperio reperiri, singulari, eaque pererudita Dissertatione *de Allodiis imperii* luculenter demonstrauit vir doctiss. BVRCH. GOTTH. STRVVIVS,) et feudalialia. De illis quin pacisci suo arbitrio possint Imperii Ordines, et ne Imperatoris quidem, nedum Electorum reliquorumque principum consensum petere teneantur, si regalia ab Imperio non recognoscant, extra omnem dubitationis aleam positum est, idque ex ipsis Imperatorum Capitulationibus probauit laudatus RHETIVS *ibid. n. XLIII. et Comment. ad I. F. 8. p. 354.* Quod vero ad Imperii feuda attinet, permultum interesse videtur, diuersaene vnus gentis familiae huiusmodi pactiones inter se ineant, an extraneae genti spes successionis fiat. Priore enim casu, quum nulla fiat alienatio, nec intersit Imperii, pacta huiusmodi non iniuri, nulla paene excogitari potest

ratio, cur pacta illa, quae tunc mere conseruatiua sunt, sine Imperatoris augustissimi nec non Electorum Ordinumque Imperii consensu subsistere nequeant. At posteriore illum consensum merito exigunt, qui rem paullo accuratius considerant, maxime quum dubitari nequeat, quin dispositio illa veram contineat feudi Imperii alienationem. Vid. PFEFFINGER *Vitriar. illustrat. Lib. III. tit. XX. §. LXXXV. p. 227.*

XI. Non fert instituti ratio, vt de reliquis pactis familiarum illustrium operosius disputemus. Rem illam iam ex instituto egerunt tot viri docti, vt verendum sit, ne actum agere videamur. Accedit, quod ex iis, quae hactenus de pactis confraternitatis monuimus, reliquae illae iuris publici quaestiones facile ab vnoquoque solui possint, nec mihi iam consilium sit, ius publicum illustrare. Quare potius ad pacta priuatorum successoria progredimur. Et sane vnionem prolium non nisi iudicis competentis auctoritate fieri posse, iam supra suo loco probauimus. Pacta dotalia, quibus de futura hereditate coniugum disponitur, alicubi non possunt inter homines rusticos iniiri, nisi apud acta, idque in terris Anhaltinis leges prouinciales exigere, iam ab aliis obseruatum est. Alibi et priuatim recte ineuntur, quamuis tunc argumento *l. ult. C. de Codicill. et l. ult. C. de Dom. mort. causf.* quinque testium praesentiam exigant plerique, veluti CARPZOV. *P. II. Const. XLIII. def. II.* DAVTH. *in l. ult. C. de Pact. n. 29.* PETR. GREGOR. THOLOSAN. *Syntagm. Lib. XLI. Cap. I. n. VII.* WESENB. *Parat. ad tit. de Pact. dot. n. 4.* STRYCK. *de Succ. ab intest. Disf. VIII. Cap. V. §. VIII.* At satius tamen et hic est, pacta illa apud acta iniiri, quia tunc nec testium praesentiam, nec vllam aliam sollemnitatem requirunt, siue per modum contractus, siue forma vltimae voluntatis concipiantur, CARPZ. *ibid. def. III.* BERLICH. *P. II. Concl. LI. n. XVIII.* monumentis quippe publicis per se sufficientibus. *l. 10. D. de Probat.* Idem et de reliquis pactis successoriis, quae in Germania fieri solent, videtur statuendum, rem nimirum arbitrii paciscentium esse, malintne illa priuatim, an apud acta inire, adeoque auctoritatem iudicis in illis magis vtilem esse, quam necessariam.

XII. In successione ab intestato vel ideo non opus est auctoritate iudicis, quod ipsa lex eam iam in antecessum proximis hereditibus detulit. Itaque hi hereditatem etiam inconsulto iudice adeunt, nec eius officio indigent, nisi aliquando eam alius pro herede vel pro possessore possideat, quem vel propior in vniuersum a successione excludere, vel ad familiam erciscundam adigere cupit. Moribus ta-

Maxime in pactis successoriis priuatorum.

An illa iudicis auctoritas requiratur in successione ab intestato?

SECT. II.

men Germanorum contingere potest, vt quamuis quis cognatum non habeat, quocum sibi de iure succedendi sit litigandum, proximus tamen heres legitimus delatam sibi ab intestato hereditatem adire non possit, nisi auctoritate iudicis, et praeuia causae cognitione. Tale nimirum erat ius vetus Germanorum, vt nullo cognito defuncti herede, bona, tamquam vacantia, a fisco occuparentur, ita, vt per annum et diem iaceret hereditas. Si intra hoc spacium nemo illam peteret, ea fisco cedebat: sin anno nondum elapso adesset, qui se proximum defuncti heredem esse probaret, eadem illi causa cognita et auctore iudice restituebatur. Ita SAXONES, sed non nisi de rebus mobilibus, *von fahrender Habe*, statuerant: *Lib. I. Iur. prom. Sax. art. XXVIII.* Ita et ALAMANNI *Spec. Suen. Cap. CCLXVIII.* nullo seruato rerum immobilium ac mobilium discrimine. Quumque simile ius bona per annum et diem vacantia occupandi LVBECAE vigere iussisset Fridericus I. Imp. apud LVNIG. *Reichs-Archiv. Part. Spec. Contin. IV. p. 1331.* illud adhuc deprehendimus in eorum Statutis *Lib. II. tit. II. art. XIV.* Et quia illo cautum est, vt tunc demum proximo restituatur hereditas, si et intra anni et diei spacium illam petierit, et proximum se esse probauerit: (*wann er sich binnen Jahr und Tag angeeigen, und, wie recht, dazu zeugen lassen,*) consequens est, vt Lubecae aliisque locis, vbi tale ius viget, non restituatur sine causae cognitione ac decreto, adeoque auctore tantum iudice.

An in bonorum possessionibus

XIII. Bonorum possessionis vsum hodie vllum superesse, alii plane negant, veluti SCHILTER *Exerc. XV. §. 66.* alii adfirmant, et ita quidem, vt eam aliquando non modo vtilem, sed et necessariam esse existiment, quia alias ad successionem adspirare nequeant: aliquando vtilem saltim, quod hic leuato velo et sine iudicii strepitu res omnis explicari soleat. BERLICH. *P. III. Concl. XVI.* HAHN. *ad Wesenb. tit. de bon. posses. n. III.* PHILIPP. *Vs. pract. Inst. Lib. III. ecl. XXXV. n. I.* SCHVVEND. *de Act. succ. Sect. II. p. 109.* Id certum est, sicubi coniugi superstiti non satis prospexerint leges et statuta, deficientibus heredibus, eum petere solere bonorum possessionem ex *Edicto Vnde vir et uxor*: aliquando etiam non extra vsum esse bonorum possessionem contra tabulas, quales casus enumerat STRYK. *Vs. modern. Dig. Lib. XXXVII. tit. IV. §. IV. sequ.* Sed et contingere posse arbitramur, vt venter in possessionem mittatur: STRYK. *de Succes. ab intest. Disf. IX. Cap. VII. §. X.* vel impuberi id beneficium detur ex edicto Carboniano. IDEM *Vs. mod. Lib. XXXVII. tit. X. §. II.* vel denique testamentum sustineatur, data bonorum possessione secundum tabulas, de qua plura STRVV. *Exerc. XXXVIII.*

XXXVIII. §. XLIII. CARPZ. P. III. Const. X. def. I. sequ. STRYK. Vsf. mod. Lib. XXXVII. tit. XI. §. IV. sequ. Quum vero satis notum fit, bonorum possessionem aliam *edictalem*, aliam *decretalem* esse, et illam nuda agnitione constare: hanc non nisi causa cognita, interpositoque pro tribunali decreto dari: l. 30. §. 1. D. de Adqu. her. l. 2. §. 1. D. Quis ordo in bon. poss. satis patet, utrobique quidem opus esse auctoritate iudicis, quia bonorum possessio dari non potest, nisi a iudice petita, l. 3. §. 3. D. de Bon. possesf. et quidem intra tempus edicto praefinitum: §. 4. Inst. l. 10. D. de Bon. poss. at eam tamen praecipue sese exserere in *decretali*, circa quam nihil, nisi causa a iudice competente cognita, et interposito decreto potest explicari. l. ult. C. Qui admitt. ad bon. possesf. l. 3. §. 8. D. de Bon. poss.

CAP. III.
DE AVCTORITATE IUDICIS
CIRCA ADQVISATIONEM SERVITVTVM
NECESSARIA.

- | | |
|--|---|
| §. I. <i>Servitutum natura et indoles.</i> | IV. <i>Vel a iudice.</i> |
| II. <i>Constituuntur sine auctoritate iudicis.</i> | V. <i>An et hodie servitutes auctoritate iudicis constituantur?</i> |
| III. <i>Aliquando tamen vel a lege.</i> | |

§. I.

Quemadmodum ea dominii natura est, ut unusquisque possit non modo in suo facere, quod velit: sed et fas sit domino alios usu rei suae excludere: ita non minus ei licet, alteri aliquid iuris in re sua vel fundo concedere. Quod quotiescumque ea lege fit, ut dominus se abdicet iure aliquid faciendi in suo, vel se ad aliquid patiendum, ad quod alioquin non est obstrictus, obliget: toties SERVITVS alicui dicitur constitui, et *personalis* quidem, si fundus vel praedium personae seruiat: *realis* vel *praedialis* vero, si praedium seruiat praedio. Itaque iure Romano servitus semper in pati-endo vel non faciendo, numquam in faciendo, consistit. l. 15. §. 1. D. de Sernit. Quamvis enim alii nobis obuertant servitutem oneris ferendi, et servitutem operarum, quarum illa, tamquam *ἀνόματος*, praedii seruiantis dominum ad reficiendum parietem, adeoque ad aliquid faciendum, adstringat, haec in operis praestandis, adeoque pla-

Servitutum natura et indoles.

SECT. II.

ne in faciendo consistat: neutrum tamen exemplum ad rem facere arbitror. Nam quod ad prius attinet, nullum est dubium, quin regulariter reficiendi parietis onus possessori praedii dominantis incumbat, non seruiantis, nisi hic ita pactus sit: **PARIETEM ONERI FERENDO, VTI NVNC SIT, ITA FUTVRVM**: adeoque illam obligationem non ex natura seruitutis, sed ex pacto, quod veteres *legem aedium* vocabant, proficiscatur. *l. 33. D. de Seru. praed. urban.* Quin LABEO iam obseruauerat, actionem quidem inde nasci posse, *ut dominus parietis et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita sit comprehensus*: at eum tamen ad faciendum cogi non posse, si derelinquere parietem mallet. *l. 6. §. 2. D. Si seru. vindic.* V. C. EV. OTTO *ad §. 1. Inst. de Seruit.* Seruitus vero operarum non in faciendo, sed in patiando consistit. Res enim seruiens est seruus, eius vero dominus vel proprietarius pati tenetur aliquid a re sua fieri in alterius vtilitatem, vel pati tenetur, ut alter omnem vtilitatem ex serui sui operis percipiat. Ita se ius Romanum habet. Iure enim Germanico inter *ἀσύγαρα* non refertur seruitus in faciendo consistens, quam vocare solemus *ius bannarium*, *eine Zwang-Gerechtigkeit*. Pasim enim occurrunt molendina bannaria, *Zwang-Mühlen*, cauponae bannariae, *Zwang-Schenken*, furni bannarii, *Zwang-Öffen*, aliaque huius generis iura, quae praedio a certis praediis debentur, et in faciendo tamen consistunt, de quibus ex instituto agunt GER. GOTIL. TITIVS *Disf. de Seru. faciendi*, EPHR. GERARD. *de Seruitutibus in faciendo consist.* et Ill. HEINECC. *Elem. Iur. Germ. Lib. II. tit. V. §. CXXXI. sequ.*

Constitu-
untur sine
auctorita-
te iudicis.

II. Ex hac vero seruitutum, tum personalium, tum realium, indole facile intelligitur, eas proprie constitui a domino, cui soli potestas est, alteri ius quoddam in re sua concedendi. Hinc dominus potest seruitutem tum personalem, tum realem, alicui testamento vel codicillis legare: *tit. D. de Vsu et usufr. leg. et tit. de Seru. leg. l. 16. D. Comm. praed. urb. et rust.* Potest idem eandem stipulanti promittere, et quasi tradere, si adfirmatiua sit. Quo facto stipulatori procul dubio nascitur ius in re vel seruitus. *l. ult. D. de Seru. l. 1. §. ult. D. de Seru. praed. rust. l. 11. §. 1. D. de Public. in rem. act.* Quo recte etiam retuleris modum acquirendi seruitutem per usum decem annorum inter praesentes, viginti inter absentes. *l. ult. in fin. C. de Praescrip. long. temp.* Quamuis enim hic a lege potius constitui videatur seruitus, quam a domino, non absurdum tamen est, et hunc seruitutes constituendi modum repeti a voluntate domini tacita, quae ex facto colligitur, dum ille longo tempore alterum uti frui, vel serui-

tu-

tutem exercere, passus est, nec vnquam libertatem naturalem fundi sui actione negatoria defendit. Et hi quidem maxime naturales sunt seruitutes constituendi modi, qui a voluntate domini, siue expressa, siue tacita, proficiscuntur. Quemadmodum enim vnusquisque ipsam rem suam totam alienare potest, nihilque tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: §. 40. *Inst. de Rer. diuis.* ita multo magis licebit, reseruato sibi dominio, alteri ius tantum aliquod, siue ad dies vitae, siue in perpetuum duraturum, in re sua constituere, ac proinde ea in re non magis necessaria erat iudicis auctoritas, quam in contractibus et vltimis voluntatibus, quibus seruitutes olim, vti iam iam monuimus, a domino constituebantur.

III. Sed postea aliis quoque modis constitui coeperunt seruitutes, ita, vt res non amplius rediret ad domini voluntatem et consensum, sed saepe vel ipsa LEX, vel IVDIX alteri in alterius fundo ius aliquod adiudicaret, parumque interesse existimaret, siue id consentiente, siue inuito domino, fieret. Et LEX quidem vix aliam, quam personalem, seruitutem alicui constituebat: IVDIX tum personalem, tum realem. Ex illa est vsusfructus legitimus, cuius varias species ius nostrum enumerat: huic non modo vsusfructum, sed et omnes prope seruitutes praediales adiudicandi ius est, si id exigat necessitas. In vsufructu ergo legitimo nullae sunt iudicis partes, nec eius auctoritate, sed ipso iure vtimur fruimur, ac plerumque ne cautio quidem fructuaria exigitur, quae alioquin eo magis censetur necessaria, quo minus, ea non praestita, sperare licet, saluam fore rei, qua quis vtitur fruitur substantiam. Ceterum hic id tantum obseruamus, non adeo antiquam esse vsusfructus illius legitimi originem, eumque fere contra iuris veteris principia paullatim receptum videri. Luculenter id iam demonstraui vir elegantis ingenii, MARC. AVREL. GALVANVS *de Vsufr. Cap. VII. sqq.* vbi ostendit, vsusfructum legalem, qui patri in peculio liberorum aduentitio competit, libera adhuc republica plane ignotum fuisse Romanis, quoniam, quidquid ad filium quoquo modo peruenisset, id in solius patris rationes referri consueuerit: l. 10. pr. et §. 1. *D. de Adqu. rer. dom.* l. 79. *D. de Adquir. heredit.* l. 28. *D. de Vulg. et pup. substit.* postea iureconsultos primum dotem distinguere coepisse in *profecturiam* et *aduentitiam*. l. 5. *D. de Iur. dot.* VLPIAN. tit. VII. atque inde primum filias familias nuptas habere coepisse aliquid proprii, quod aduentitium diceretur: porro filiis aliquid proprietatis relictum in bonis illis, a patre ex fideicommisso restitutis, l. 50. *D. ad SC. Trebell.*

*Aliquan-
do tamen
etiam vel
a lege*

SECT. II.

l. 16. D. eod. l. 52. D. de Adqu. hered. in bonis maternis, l. 1. l. 2. C. Theod. de Bon. mat. in lucris nuptialibus l. vn. Cod. Theod. de Bon. quae filiisf. in lucris sponsalitiis, l. 5. C. eod. ac demum ex Iustiniani constitutione in bonis omnibus aliunde, quam a patre profectis. l. 6. C. eod. Quum vero ante Iustinianum filiusf. plerumque plenam in illis bonis aduentitiis haberet proprietatem: l. 3. §. 5. D. de Minor. l. 2. §. 1. D. Solut. matrim. l. 52. D. de Adquir. vel omitt. hered. praeterquam quod in bonis maternis, nuptialibus et sponsalitiis vsusfructus ad patrem pertineret: l. 1. C. de Bon. mat. l. 1. l. 5. C. de Bon. quae lib. primus Iustinianus vsusfructum illum paternum ad omne reliquum peculium aduentitium produxit, l. 6. C. eod. nisi quod quibusdam tantum casibus, peculium istud voluit esse irregulare vel extraordinarium, cuius plena proprietas ipsi filiofamilias esset relinquenda. De vsufructu legitimo coniugi, ad secunda vota trans-eunti, in rebus a priore coniuge relictis competente, nec non de vsufructu vxoris indotatae, cum liberis in hereditate mariti praediuitis concurrentis, ne dubitari quidem potest, quin sit recentior, quum ipsae exstent leges, quibus ille inuectus est. l. 3. l. 5. l. 6. C. de Secund. nupt. l. 5. C. ad SC. Tertull. Nouell. XXII. Cap. XXIII. Nou. CXVII. Cap. V.

vel a iudice.

IV. Itaque iure Romano vnica superest seruitutum species, in qua constituenda iudicis intercedit auctoritas, puta, si quando iudex in iudiciis duplicibus ac diuisoriis alteri vel vsusfructum vel seruitutem realem, alteri proprietatem vel dominium adiudicat, damnato simul priore in certam pecuniam, proprietario vel domino eo nomine soluendam. Saepe enim instituto iudicio familiae erciscundae vel communi diuidundo ea est rerum communium conditio, vt aliter commode fieri non possit diuisio, quam vt alteri vsusfructus, alteri proprietatē adiudicetur. *l. 6. §. 1. D. de Vsufr. l. 16. §. 1. D. Fam. ercisc. l. 6. §. pen. D. Comm. diuid.* Saepe fundi communis diuidundi conditio exigit, vt alteri in alterius parte ius aliquod necessario reseruandum sit, veluti ius pascendi pecora. *l. 22. §. 3. D. Fam. ercisc. l. 18. D. Comm. diuid.* ANT. MATTHAEI *de Auction. Lib. I. cap. XII. n. ult.* Saepe contingit, diuiso inter plures fundo, vt vnus area reliquorum praediis circumdata sit, ac proinde ipsi non sit adeundi redeundique facultas. Quo casu fieri non potest, quin vnus ex circumiacentium praediorum dominis damnetur ad ius itineris, actus, vel viae illi concedendum. *l. pen. D. Si seru. vind. l. pen. D. de Seru. praed. urb. l. 15. §. 1. D. de Vsu et vsufr. leg. l. 44. §. ult. D. de Leg. 1.* Quod olim contingere etiam eo casu po-

poterat, si cui ad sepulcrum non esset iter, nisi per vicini fundum. *l. 12. pr. D. de Religios.* Omnibus ergo his similibusque casibus necessaria erit iudicis auctoritas, nec sine illa cogi potuisset dominus vel proprietarius, ut alterum ius aliquod in re sua exercere pateretur. Vnde et plus potestatis in diuisionis his iudiciis concessum fuisse iudicibus animaduertimus, quam in reliquis omnibus. Nam in reliquis omnibus declarabat tantum iudex, rem vel ius auctori competere, ac proinde illi a reo esse rem restituendam, vel ius concedendum, vel aliquid dandum faciendumque, si pareret, actorem iure id petiisse: *l. 8. §. 4. D. Si seru. vind. l. 35. §. 1. D. de Rei vind. l. 40. §. 7. D. de Procur.* in iudiciis diuisionis alterutri ius nouum, et quod ei antea non competebat, constituere poterat, et ita quidem, ut ex re iudicata statim quis haberet ius in re, nondum licet sequuta traditione, ac proinde actionibus in rem uti posset, *§. fin. Inst. de Offic. iud.* VLPIAN. *Fragm. tit. XIX.* HAHN. *de Vsufr. th. XXXIV.* quum alioquin actio iudicati tantum sit in personam, quippe nata tantum ex quasi contractu litis contestationis: unde et inter modos acquirendi domini ciuiles veteres numerabant etiam ADIUDICATIONEM, ut adeo recte obseruarit *ad d. §. ult. CVIACIVS*, nullum alium esse casum, in quo sententia iudicis alicui dominium, vel aliud ius in re, adquiratur.

V. At iure Saxonico Electorali non modo his casibus auctoritate iudicis in constituenda seruitute opus est, sed et aliis, quoties nimirum etiam voluntate domini acquiritur seruitus. Saltem id notat illustr. BERGER. *Oecon. iur. Lib. II. tit. III. §. 1. not. 2. p. 299.* *In foro, inquit, Saxonico Elect. ad constituendam ex pacto seruitutem, siue realem, siue personalem, exemplo rerum immobilium, quibus illae, fundo quippe cohaerentes, iuris interpretatione aequiparantur, requiritur AVCTORITAS vel CONFIRMATIO iudicialis. arg. Decis. LXI. quam sententiam usus satis confirmat.* Iam quidem in laudata *Decisione LXI.* seruitutis nulla fit mentio, sed domini tantum rerum immobilium, nec eam ad seruitutes interpretando producit vir doctus, qui decisiones illas Electorales singulari commentario illustrauit, IO. PHILIPPI *p. 960.* At vir illustris tamen exemplum adduxit rei iudicatae. Nam promissa alteri ab altero et quasi tradita habitatione, inhabitator tamen aliquanto post aedibus venditis emigrare iuebatur per sententiam, propterea, quod contractui illi non accessisset iudicis auctoritas vel confirmatio, ac proinde nullum habitatori reuera ius in re, nulla seruitus personalis competere intelligeretur: quae sane si rite constituta fuisset, ne subhastatione quidem potuisset exstingui. Haec laudat-

*An hodie
constitua-
tur aucto-
re iudice?*

*iq. ha. m.
nos. m. m.
m. m. m.
m. m. m.
m. m. m.
m. m. m.
m. m. m.*

SECT. II.

datisimus BERGERVS, qui tamen non nisi de vfu fori Electoralis testatur, de praxi vero extra Saxoniam ne quidem testari voluit. Quamobrem, quin alibi ius commune feruetur, nulli dubitamus.

CAP. IV.

DE AVCTORITATE IUDICIS

IN PIGNORE CONSTITVENDO

NECESSARIA.

- | | |
|--|---|
| §. I. <i>An ad pignoris constitutionem opus sit auctoritate iudicis?</i> | VII. <i>Hypothecae alicubi inferendae libro publico.</i> |
| II. <i>Adfirmatur de pignore praetorio et iudiciali.</i> | VIII. <i>Alicubi auctore magistratu constituendae.</i> |
| III. <i>An et de voluntario publico?</i> | IX. <i>Quod et Hamburgi observatur.</i> |
| IV. <i>Praedia minorum oppignoranda auctore praetore.</i> | X. <i>Effectus hypothecae auctore magistratu constitutae.</i> |
| V. <i>Germanorum principia de iuribus praediorum.</i> | XI. <i>Quaestiones quaedam huc pertinentes.</i> |
| VI. <i>Cur passim praedia oppignorari non possint, nisi auctoritate iudicis?</i> | XII. <i>Non sola confirmatio, sed consensus magistratus requiritur.</i> |

§. I.

An ad pignoris constitutionem opus sit auctoritate iudicis?

Supereft quantum ius in re, id est, PIGNVS vel HYPOTHECA: vbi actum agerem, si, quid interfit inter contractum pignoris et pactum hypothecae, itemque inter haec et ius pignoris, quod inter species iuris in re est referendum, prolixius ostendere conarer. Cuinam enim non dictus Hylas? Itaque instituti memor, id tantum, quod ad auctoritatem iudicis circa pignoris constitutionem pertinere videbitur, confectabor. Quamuis enim hae observationes et ad auctoritatem iudicis circa ius ad rem referri possint: satius tamen visum est, eas hic exhiberi, quia saepe contingit, vt constituto licet rite pignore, et omnibus, quae necessaria sunt, circa contractum observatis, nihilominus tamen creditor nullum ius adquirat in re oppignorata, ac proinde nec Seruiana vel quasi Seruiana actione ius suum persequi possit. Itaque quaestio omnis in hoc capite in hoc vertetur, an necessaria sit iudicis auctoritas ad id, vt creditor ius in re oppignorata, actionesque in rem adquirat, et quibus casibus ea vel abscisse requiratur, vel impune negligi a contrahentibus possit?

II.

II. Ad eam vero quaestionem responderi generatim non potest. Tam multae enim sunt species pignoris, eaeque tam diuersae, vt quod de vna dici potest, id non possit illico et de reliquis praedicari. Pro-
ut enim hoc ius vel omnia debitoris bona, vel rem aliquam speciatim adficit: id pignus vel **GENERALE** vel **SPECIALE** dicitur. *l. 1. l. 6. l. 20. D. de Pign. et hypothec.* Deinde pignus, quod citra debitoris consensum constituitur, **NECESSARIUM**; quod eo volente et consentiente **VOLUNTARIUM** adpellatur. Illud, vel ab ipsa lege constituitur, vel a praetore, vel a iudice. Quod a **LEGE** constituitur, tantum abest, vt vllam requirat auctoritatem magistratus, vel iudicis, vt ideo **TACITE CONTRAHI** dicatur in *rubr. tit. D. In quib. causis. pign. vel hyp. tac.* quod nulla vel debitoris, vel iudicis declaratione, indigeat, sed inscio etiam debitore, immo et inscio creditore, nascatur ab eo momento, a quo illud lex iubet alteri competere. At aliter sese res habet in pignore **PRAETORIO** et **IVDICIALI**, quorum illud a praetore constituitur per immisionem in bona ob contumaciam, vel aliam causam iustam ac idoneam: *l. 26. D. de Pign. act. tit. D. Ex quib. causis. in posses. eat.* hoc a iudice, si post sententiam res pignori capiuntur, *l. 15. §. 2. 3. D. de Re iudic.* vel in bona exsequutionis causa itur. *l. 2. §. C. Qui pot. in pign. l. 1. C. Si in causis. iud. pign. cap.* Vtrumque enim hoc pignus intelligi non potest sine auctore praetoris vel iudicis. Inde enim alterum praetorii, alterum iudicialis nomen accepit, quod illud praetoris auctoritate atque imperio constituitur, postquam ventum fuit in possessionem, *l. 26. D. de Pign. act.* hoc ex causa iudicati auctoritate eius, qui iubere potest, capitur, ac per officium distrahitur. *l. 74. §. 1. D. de Enict. l. 3. §. 1. D. de Reb. cor. l. 9. pr. D. de Minor. l. 40. D. de Re iud.* Ceterum id modo addimus, pignora capere non omnes magistratus eodem modo potuisse, sed eos, quibus id legibus, plebiscitis, SCtis, principumque constitutionibus concessum esset: ex quibus legibus etiam iudicandum erat, quantum quisque pignori capere posset. Sic in lege antiqua, quam recitat **FRONTIN. de Aquaeduct.** additur; **TVM ET PRAETORI EO NOMINE COGERE ET COERCERE MVLTAEQVE DICENDAE, SIVE PIGNORIS CAPIENDI IVS POTESTASQVE ESTO.** Et **TACITVS Annal. XIII. 28.** refert, *cohibitam arctius esse Aedilium potestatem, statutumque, quantum curules, quantum plebei pignori caperent, vel poenae irrogarent.* Sed haec de pignore **NECESSARIO.**

Affirmatur de pignore praetorio et iudiciali.

SECT. II.

An et de
voluntario
publico?

III. Quod ad VOLUNTARIUM attinet: illud quidem in PUBLICUM et PRIVATUM diuiditur, et illi id prae altero tribuitur a LEONE Imp. l. 11. C. *Qui pot. in pign.* ut publicum priuato, licet anteriori, praeferatur: at nusquam tamen ideo ius pignoris negatur illi, qui per instrumentum priuatum, quod *ιδιόχειρον* vocabant, illud sibi constituendum curauerat. Immo nec abscisse requirebatur, ut pignori publico accederet magistratum auctoritas, sed sufficebat, si in publico quodam instrumento, vel, adhibitis tribus testibus fide dignis, esset constitutum. d. l. 11. C. *Qui potior.* Itaque iure Romano praetoris auctoritas vtiliter accedebat constitutioni pignoris: at nec absolute, nec hypothetice erat necessaria. Non absolute, quia et sine ea creditori ius in re oppignorata competebat: neque hypothetice, quia praerogatiua illa, qua pignora publica prae priuatis gaudent, et illos donat laudata Leonis constitutio, qui operam dederunt, ut super illa oppignoratione instrumentum publicum conficeretur, vel qui omnia praesentibus tribus testibus fide dignis, et *ιδιόχειρον* istud subscribentibus, egerant. Potius ergo contrahentium relinquebatur arbitrio, qua ratione uti mallent, nec, quod ad effectum iuris in re attinet, quidquam interesse videbatur, nudo consensu, an interueniente scriptura, an verbis quibuscumque, res essent oppignorate. l. 4. D. de Pignor. et hypothec. l. 34. §. 1. D. eod. l. 4. D. de Fid. instrum.

Praedia
minorum
oppigno-
randa au-
ctore praetore.

IV. Non possum tamen, quin moneam, vno casu necessariam visam esse non quidem confirmationem, sed auctoritatem praetoris, et ita quidem necessariam, ut, si deesset, oppignoratio ipso iure nulla atque inutilis haberetur. Quum enim oppignoratio, quamuis non transferat dominium, tamen pro alienatione habeatur, l. ult. C. de Reb. al. non alien. idque ideo, quia vel possessio in alterum transfertur, l. 4. §. 4. D. de Alienat. iud. mut. vel saltim huiusmodi oppignoratione diminuitur patrimonium, et res oppignorata, non nisi soluta pecunia rehui redimique potest: SCto, condito ipsis Idib. Iun. Tertullo et Clemente Cosf. (quorum consulatum incidere in annum V. C. DCCCCXLVIII. aerae Dionys. CXCIV. ostendunt NORIS. Epist. consul. p. 466. PETR. RELAND. Fast. cons. p. 82. et ALMELOVEEN Fast. p. 257.) cautum est, ne praedia rustica vel suburbana distraherentur, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis cauerint: et, si forte aes alienum tantum sit, ut ex rebus ceteris non possit exsolui, tunc praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligariue debeant. l. 1. §. 2. D. de Reb. eor. qui sub tut. vel cur. Quamuis ergo proprie de praediis rusticis et suburbanis, eorumque distractione, loquatur Senatus: postea tamen id

id ius à Constantino M. etiam ad praedia vrbana, immo et ad aurum, argentum, gemmas, ceterasque res pretiosas, prolatum est, *l. 22. C. de Admin. tut.* et ICti idem obseruandum censuerunt in oppignoratione earum rerum, quod in earumdem alienatione leges exigunt: *l. 2. l. 5. §. 9. sequ. D. de Reb. eor. qui sub. tut.* puta vt praetor, causa cognita, pro sua religione aestimaret decerneretque, sitne oppignoratio necessaria, an alia faciliore ratione pecunia, ad nomen expungendum, possit expediri. *l. 5. §. 9. sequ. D. l. 12. C. eod.* Tam necessaria vero hic erat praetoris auctoritas, nisi vel ex necessitate, vel permittente principe facta esset alienatio, vt ea omisssa, vel si praetori obreptum esset, saluum pupillo vel minori ius suum esset, *d. l. 1. §. 2. D. eod.* ac proinde is recte in rem ageret, perinde ac si alteri ius pignoris in ea non esset constitutum. *l. 5. §. 15. D. eod.* Quod adeo verum est, vt actione illa rem suam recuperaturo minori, ne venia quidem aetatis obstet, quum placuerit, ne hos quidem, qui illam impetrarint, *posse hypothecam sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere: l. 3. C. de His, qui ven. aet.* quamuis ipsa iuris analogia dubitare nos non patiat, quin spe omni res sine decreto alienatas recuperandi excidat, qui vel pubes alienationem vel oppignorationem iureiurando firmavit, *Auth. Sacram. pub. C. Si adu. vendit.* vel maior factus oppignorationem, se minorene factam, vel expresse, vel tacite, ratam habuerit. *l. 2. C. Si mai. fact. alien.*

V. Sic plerisque casibus reipublicae non interesse existimabant Romani, quomodo de rebus suis quisque disponderet: ac proinde et alienationem et oppignorationem rerum suarum ciuibus iustae aetatis integraeque mentis liberrimam permittebant; neque hic limitibus quibusdam circumscribendam existimabant libertatem naturalem, quum illa alienandi, adeoque et oppignorandi facultas adeo inesse videretur in ipsa pleni dominii natura, vt recte scripsisse videatur ARISTOTELES *Rhetor. I. 5. ὅρος τοῦ οἰκείου εἶναι ὅταν ἐπ' αὐτῷ ἢ ἀπ' αλλοτριῶσαι*, esse hanc proprietatis definitionem, ubi penes nos sit ius alienandi. At Germani hic in alia omnia ibant. Quemadmodum enim illi rerum mobilium, quas quisque vel hosti eripuerat, vel alio quocumque iusto titulo suos fecerat, liberrimum ciuibus suis concedebant vsum, neque intercedebant, quo minus quisque de iis suo arbitrio disponderet: ita non videntur plenum agrorum praediorumque dominium singulis adsignasse, sed vel vsumfructum eorum quibusdam dedisse, vel dominium aliquod vtile, directo vel reipublicae, vel principibus, reseruato. Exstant eius rei vestigia, obscuriora illa quidem, at vestigia tamen, apud IVLIVM CAESAREM et

Germanorum principia de iuribus praediorum.

CORN. TACITVM, quorum ille *Lib. VI. de Bell. Gall. Cap. XXII.* Neque quisquam, inquit, agri modum certum, aut fines proprios habet, sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum eis, et quo loco visum est, attribuant agri, atque anno post alio transire cogunt: Et *Lib. IV. Cap. I.* Apud Sueuos privati ac separati agri nihil est: hic vero in libello de *Mor. German. Cap. XXVI.* Agri pro numero cultorum ab uniuersis per vicos (ita plerique pro vices) occupantur: mox inter se iuxta dignationem partiuntur, facilitatem partiendi camporum spacia praestant. Arua per annos mutant, et superest ager. Quamuis enim haec ita comparata sint, vt Oedipum adhuc desiderare videantur haec aenigmata, iudice Ill. HEINECC. *Elem. iur. Germ. Lib. II. tit. I. §. IX.* id tamen in iis nobis veluti per nebulam videre videmur, agros et praedia apud veteres non fuisse in dominio singulorum, sed reipublicae vel principum, ab his vero has possessiones singulis non quidem mancipio, sed ad certum tempus vsui datas esse, ea lege, vt fructus pro cura et cultura suos facerent, et vertente anno, vel elapso tempore aliis colonis locum facerent. Ita sane intelligendi videntur veteres isti, quos non satis intellexisse videtur PHIL. CLVERIVS *Germ. Antiqu. Lib. I. Cap. XIII. p. 87.* Quamuis vero huic veteri mori maiorum posteri eatenus nuncium miserint, vt non amplius singulis annis mutarent possessores, adeoque idem contingeret apud Germanos, quod in reliquo terrarum orbe ius gentium inuexisse ait HERMOGENIANVS IC. vt dominia distinguerentur, agris ponerentur termini, aedificia collocarentur, commercia, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes instituerentur: l. 5. *D. de Instit. et iur.* rarius tamen priuatis plenum dominium in his praediis competeat, sed ea plerumque iure inuestiturae vel tamquam feuda, vel tamquam bona censitica, lasitica, curmedica, similique iure possidebantur, adeo vt et praedia allodialia sine inuestitura magistratuum adquiri a nemine possent, ceu iam primo huius secundae partis capite obseruauimus.

Cur pas-
sim prae-
dia alie-
nari et op-
pignorari
non pos-
sint, nisi
auctorita-
te iudicis

VI. Quibus positis, consequens erat, vt populi Germanici in mobilibus quidem liberrimam ciuibus suis dispositionem permitterent: non autem in immobilibus. Quemadmodum vero traditione dominium earum in alios transferre non poterant, nisi auctore magistratu: (*Sect. II. Cap. I. §. V. sequ.*) ita nec oppignorare eas licebat aliter, quam eodem consentiente et confirmante constitutionem illam pignoris. Accedit et alia ratio, quod quorundam Germanorum moribus ius pignoris proxime accederet ad dominium utile, eiusque fere naturam indueret: THOMAS. *Disf. de Vsu pract. dist. int. emt. vend.*

sum pacto de retro. et contr. pign. cum pacto antichret. Itaque non magis ius pignoris, quam dominium alicui pro lubitu constitui posse videbatur sine auctoritate magistratuum. Equidem de eo non satis constat ex veterum Germanorum legibus: at communem tamen omnibus originis Germanicae gentibus hunc fuisse morem, non male inde colligit SCHILTER *Exerc. XXXIII. §. VII.* quod non solum in Germania passim supersunt eius vestigia, verum etiam in Gallia, ceu ex CHOPPIN *de Morib. Paris. Lib. III. tit. II. §. XX.* luculenter probauit.

VII. Nos, de Germaniae moribus potissimum solliciti, obseruamus, oppignorationem immobilium, priuatim factam alicubi non valere, nisi illa rogatu debitoris inseratur in librum publicum, (*in das Grund-und Hypothecken-Buch*) quod requisitum grauitur vrgetur in primis in terris Prussicis: alicubi vero ne id quidem sufficere, sed praeterea necessarium videri magistratus consensum et confirmationem. Prius dici non potest, quam salubre ac proficuum sit reipublicae. Quum enim plerumque homines prodigi facile inueniant, qui fidem suam sequantur et pecuniam credant, dummodo bona possideant immobilia, et hinc contingat, vt saepe quis, ignarus tot hypothecarum, quibus fundi debitoris iam pridem adficiuntur, se satis putet securum, quum tamen postea bona vix prioribus sufficiant: huic fraudi sane non potuisset prudentius consilium opponi, quam haec inscriptio hypothecarum in librum publicum. Quam facile enim tunc est ei, a quo mutua petitur pecunia, inspicere librum publicum, cuius obuium, atque inde discere, quantum iam aeris alieni contraxerit debitor, et quot quantasque iam constituerit hypothecas, denique vtrum sibi, si et ipse credat pecuniam, bona illa suffectura sint, nec ne, prudenter aestimare? Nec vereri debet creditor, ne iam aliis clam ius hypothecae in bonis debitoris datum sit, quum hypothecae illae clandestinae et priuatim constitutae vel planae nullae sint, vel saltem illis, in librum publicum relatis, omnino postponantur. Praeterea quum alioquin tacitum pignus, quippe ab ipsa lege constitutum, nulla magistratus vel iudicis auctoritate indigeat: in terris Prussicis prudenter cautum est, vt et illae inserantur libro publico, ne creditores, earum ignari, plus iusto credant, et, dum bona debitoris suffectura sibi sperant, pecuniae suae faciant iacturam. Vid. REG. MAIEST. PRUSS. *Hypotheken-und Concurs-ordnung. §. VI.*

Hinc hypothecae vel inferendae libro publico.

VIII. Sed plerisque Germaniae prouinciis et ciuitatibus ne id quidem videtur sufficere, ac proinde hypothecas in rebus immobilibus non nisi auctore magistratu constitui patiuntur. Hic sane mos obti-

Vel auctore magistratu constituendae.

SECT. II.

net VIENNAE in Austria, teste ANDR. GAILIO *Observ. II.* 25. 10. Idem servatur LVBECAE, vbi diserte cautum *Statut. Part. III. tit. IV. art. I.* Will iemand seine liegende Gründe, und stehende Erbe versetzen oder verpfänden, der soll es thun vor dem Rathe, so ist es kräftig und beständig. Similis est sanctio AVGVSTI, Saxoniae Electoris *Part. II. Const. XXIII.* Wiewol nach gemeinen Rechten ein ieder seine Güter ohne gerichtliche Insinuation oppignoriren und verpfänden kann: so ist doch solches der Orte, da Sächsisch Recht gehalten wird, durch langwierigen Gebrauch anders eingeführet, nemlich, dasz die special-Verpfändung unbeweglicher Güter, oder aber auch, wann sie gleich general und allgemein auff alle Güter gerichtet, für der Obrigkeit, unter welcher sie gelegen, oder auch dem Lehen-Herrn, muß insinuiret werden, sonst aber unkräftig sey. Ex qua constitutione plura colligunt iureconsulti Saxonici, veluti I. esse hanc consuetudinem non heri demum, aut nudius tertius natam, sed antiquissimam omnino, et ex vetusto iure Germanico superstitem. RAVCHBAR. *Quaest. VI. n. XV.* II. Eius rationem tam late patere, vt merito ad omnes, qui oppignoraturi sint res immobiles, porrigatur, et nec personae illustres ac nobiles praedia sua priuatim recte oppignorent: CARPZ. *P. II. Const. XXIII. def. I. n. X.* BERLICH *P. II. Concl. XXIX. n. VII.* nec mercatores, quos alioquin non adeo stringunt iuris apices, GAIL. *Obs. II.* 27. 27. nec fideiussores, qui de rato cauent, Ill. WERNH. *Obs. VI.* 364. III. In bonis feudalibus, emphyteuticis et censiticis non sufficere auctoritatem iudicis, cuius in territorio sita sunt, sed praeterea requiri consensum eius, cui dominium directum competat, quem cum confirmatione iudicis non esse confundendum, recte monent SCHILT. *Ex. XXXV. n. 8.* et HORN. *Iurispr. feud. Cap. XIX. §. IV.* simulque docent, concurrentibus duobus creditoribus, quorum vnus consensu domini directi, alter confirmatione iudicis nititur, potiore esse posterioris conditionem, partim quia penes iudicem est iurisdictio ordinaria, isque in bona illa immittere creditorem potest, partim quod dominus directus inde nullum capit detrimentum, cui saluum nihilominus est illud dominium. Conf. RICHTER *de Privileg. Cred. Cap. IV. §. II.* CARPZOV. *Lib. IV. Resp. XXVIII. sq.* MEICHSEN. *Tom. III. Decis. XIII. n. 327.* Adeo nihil actum videtur in Saxonia, si quis ibi de rebus immobilibus alienandis oppignorandisque priuatim cum altero contraxerit, nisi accesserit magistratus, sub quo fundus ille situs est, auctoritas. Immo et extra Saxoniam Electoralem passim idem ius observatur, quamuis ibi alioquin nulla sit vel speculi Saxonici, vel constitutionum Augusti Electoris, similiumque legum

gum prouincialium auctoritas, vt vere dici possit, esse hanc consuetudinem veterem non speciatim Saxoniam, sed vere Germanicam, cuius alibi expresfiora, alibi obscuriora, adoptata Romana iurisprudentia, manserunt vestigia.

IX. Ne vero aliena magis, quam patria, iura curare videar, iam merito veluti domum redeo, vbi similem immo multo strictiorem reperio dispositionem *IVRIS HAMBVRG. Part. II. tit. IV. art. IV.* *Wann ein Mann bey schlaffender Zeit aus der Stadt fahret, der mag seine fahrende Habe oder Kisten-Pfand nicht versetzen, denn für zween ehrlichen Leuten. Aber unbewegliche Erbe und Zinsen sollen für sitzenden Rathe in offener Audienz verlassen und aufgetragen werden. Vnd was also vor dem Rathe verlassen und in dem Stadt-Buch geschrieben wird, dar gehet kein Zeuge über. Wenn aber der Schuldener solches bezahlet, so soll er sich vor dem Rathe loszschelten, und im Stadt-Buche tilgen lassen.* Vnde intelligimus, et leges patrias distinguere inter oppignorationem rerum mobilium, quae ibi vocantur *fahrende Habe und Kisten-Pfand*, et immobilium, quibus et redditus annui accensentur, *unbewegliche Erbe und Zinsen*. Res mobiles sine vlla sollemnitate recte oppignorantur ab omnibus, praeterquam ab iis, qui noctu concubia ex vrbe emigrant, à quibus duo viri boni ac honesti, tamquam testes adhiberi iubentur. Cuius instituti multae esse potuerunt causae, e. g. ne, qui huiusmodi res possidet, eas pro pignore venditet, quum apud eum depositae, vel illi commodatae sint: ne earum possessionem plane neget, vel illas suas esse contendat, quas alter pignori tantum datas esse, adseuerat. *cetera*. Immobilia vero bona et redditus annui non nisi in confesfu senatus et publico auditorio recte oppignorantur, ita, vt, professo debitore eiusue procuratore, se domum aliudue praedium creditori oppignorare velle, nec quoquam contradicente, actus ille referatur in librum publicum. Quo facto tam firmum ac stabile est ius pignoris, vt nec productis testibus in dubium vocari possit. Quod ipsum innuunt verba: *Vnd was also vor dem Rathe verlassen, und in dem Stadt-Buche geschrieben ist, dar gehet kein Zeuge über.* Quemadmodum ergo iure Romano pignus rite constitutum creditor actione quasi Seruiana vel hypothecaria recte persequitur, siue a debitore, siue a tertio quocumque possessum: l. 16. §. 3. *D. de Pign. et hypoth.* ita idem ius creditori est secundum principia iuris Hamburgensis, modo tertius possessor praescriptione actionem elidere nequeat. *ibid. Part. II. tit. IV. art. II.* Ceterum non vni modo, sed et pluribus creditoribus, pignus in eodem fundo constitui potest, si ille pluribus sufficiat, praestetque securitatem. At id quoque fieri non potest,

*Quod et
Hamburgi
observa-
tur.*

SECT. II.

test, nisi auctoritate magistratus, adhibitisque, quas hactenus descripsimus, sollemnitatibus. Qua de re IVS HAMB. Part. II. tit. IV. art. V. Auch da iemand einem andern für eine Schuld sein Haus oder unbeweglich Erbe obgesetzter massen vorm Rathe verpfandlich versetzt und aufflaeset, derselbe mag die Vbermaasz, und so viel das Erbe besser ist, als die vorige Schuld, einem andern auch verpfanden, doch, dasz solches, wie gemeldet, vorm Rathe geschehe. Cuius dispositionis non obscura est ratio. Additur enim statim: Damit ein jeder, so da wieder zu sprechen hat, solches daselbst öffentlich thun, und darauf ferner, wie recht verfahren werde. Ita hic ritus vnice ad euitandas fraudes comparatus est, ne quis forte, bona sua abliguriens, possessionum suarum specie alios ad fidem sibi habendam dolo malo inducere, vel fundos plane alienos oppignorando creditores pecunia emungere possit. Tam ingeniosa enim est horum decoctorum improbitas, vt vere dicere possis cum PLAVTO Capt. II. 2. v. 5.

Qui cauet, ne decipiat, vix cauet, quum etiam cauet.

Etiam, quum cauisse ratus, saepe is cantor captus est.

At fraudibus his non fauet curia, neque eae tam facile admittuntur palam, et in luce hominum, quam priuatos intra parietes, vbi fidem male ambulanti ipsa loci temporisque obscuritas ac solitudo tegit, ceu eleganter rem suo more exprimit PETRON. Satyr. Cap. XII.

Effectus
hypothe-
cae aucto-
re magi-
stratu con-
stitutae.

X. Sed publicae istius atque auctoritate magistratus constitutae hypothecae effectus praecipue sese exserit, concurrentibus, vti aiunt, creditoribus, et de $\pi\gamma\omega\tau\omicron\pi\gamma\alpha\zeta\iota\alpha$ inter se certantibus. Tunc enim primo hypothecae illae publicae priuatis omnibus, licet anterioribus tempore, indistincte praeferuntur. Deinde inter plures aequae publicae, quae prior tempore, reliquis tempore posterioribus merito potior habetur. Denique duobus pluribusue eodem die ius hypothecae in eodem fundo consequutis, vterque concurrat, nisi aliud pacti sint ii, quorum interest. IVS HAMB. Part. II. tit. V. art. I. it. art. XII. Quod et iuri communi consentaneum esse, nemo ignorat. l. 11. l. 2. 4. C. Qui pot. in pign. At tanto magis ab eo diuortium facit ius patrium, quando d. art. XII. porro cauet: Was aber Haupt-Summen, so im Stadt-Buche geschrieben stehen, belangen thut, soll der jüngste Glaubiger, der das Erb zu entsetzen, sich im Gericht erkläret hat, denienigen, so vor ihm ältere Verpfändung im Stadt-Buche haben, mehr nicht, dann eines Jahres betagte, und des angefangenen Jahres fällige Renthe neben dem Haupt-Stuhl zu bezahlen verpflichtet seyn. Iedoch ist gedachten altern Creditoren ihre Action wegen der von etlichen Jahren aufgewachsenen Renthen gegen den Debitorn hiermit nicht benommen, sondern

es haben auch gemeldte Gläubigere in Concursu Creditorum gedachter Renten halber, in andern des Schuldners Gütern, nach ihrem dato des Vorrangs zu genießen. Nimirum notum est, iure civili creditori vsuras omnes vna cum sorte deberi, illasque vna cum hac in eadem classe locari debere. *l. 18. D. Qui pot. in pign.* At Ius Hamb. hic vnus tantum anni vsuras, quarum dies venerit, vna cum illis, quarum dies cedit, solui vult creditoribus anterioribus, seruata tamen his actione aduersus debitorem, et praerogatiua ratione temporis in concursu. Quod discrimen pluribus explicauit BLOCKIVS *Disf. saepe laudata thes. LVIII.*

XI. Ceterum hac occasione plures nasci solent quaestiones, quas pro instituti ratione paucis expediemus. Sic quaeri solet, an, qui rem immobilem, iusto titulo adquisitam, possidet quidem, sed eius inuestituram vel resignationem iudicalem nondum impetrauit, eam ita oppignorare possit, vt haec hypotheca praeferenda sit posteriori, post resignationem illam demum constitutae? Quod merito negamus. Quamuis enim perfecta emtione venditione, omne commodum atque incommodum ipsumque periculum ad emtorem transeat, *l. 8. pr. §. 10. D. de Peric. et commod. rei vend. §. 3. Injs. de Emt. vend.* isque proinde commodum illud valide oppignorare alii posse videatur, maxime quum rem etiam nondum resignatam possideat, et quamuis venditor adhuc dominus esse censeatur, ei tamen non nisi dominium veluti precarium, et pro arbitrio emtoris reuocabile, competat: TITIVS *Iur. priu. p. 441.* certi tamen atque expeditissimi iuris est, HAMBVRGI, aliisque locis, vbi resignatio iudicialis requiritur, neminem sine resignatione iudiciali consequi rerum immobilium dominium. Ill. BERGER. *Oecon. iur. pag. 245. et 251.* quumque ius pignoris alteri dare non possit, nisi qui et dominus est, et alienandi habet facultatem: *l. ult. C. de Reb. alien. non alien.* consequens est, vt nullius momenti sit pignus ab eo, cui ipsi res nondum resignata est, constitutum, ac proinde ei pignus posterius, sed facta iam apud acta resignatione datum, ei merito praeferatur. Porro in foro Hamburgensi acriter quaesitum memini, anno MDCCXXVII. in causa Petr. Rickes contra I. H. Schrey, num hypotheca pro publica et iudiciali habenda sit, quae non quidem in librum illum publicum, *in das Stadt-Buch*, sed in librum Quaestorum ciuitatis, *in das Cammerey-Buch*, relata est? Quod recte tum negatum, quia statuta exigunt oppignorationem, in consensu Ampliss. Senatus et publico auditorio factam, et inscriptionem in librum publicum, *in das Stadt-Buch, Part. II. tit. V. art. I. Part. I. tit. XXX.*

SECT. II.

art. III. qui articulus fufius explicatur in RECESSV ann MDCXVIII. Parum vero interest, siue aliquid non factum, siue non rite et ex praescripto legum factum sit. *l. pen. pr. D. de Suis et leg. her. l. 6. D. Qui satisd. cog.*

Non sola
confirma-
tio, sed
consensus
magistra-
tus requi-
ritur.

XII. Ex his vero facile intelligitur, ea iura, quae in constituen- da hypotheca in rebus immobilibus consensum magistratuum vel do- minorum exigunt, non contenta esse sola confirmatione, sed abs- cisse necessarium esse consensum in oppignorationem, eumque adeo diserte exprimendum esse, ceu ostendit formula apud BARTH. in *Hodeget. for. Cap. I. p. 70.* Quod multo magis in rebus feudalibus obseruandum, in quibus, impetrata a Domino facultate feudum alienandi, venditor tamen hypothecam sibi reseruare non potest, nisi et in hanc diserte consenserit dominus, licet ille vel maxime totum contractum, negotiumque, quod inter venditorem et emptorem in- tercescit, confirmarit, ratumque habuerit. Hinc formula: *Er wolle hiermit den Contract confirmiret, und in die darinnen reseruirte und be- dingene Hypothek, als Lehen-Herr, consentiret haben.* Vid. BARTH. *l. c.*

SOLI DEO

LAUS, GLORIA ET HONOR.

THESES ANNEXAE.

I.

*Forenses ordinarie quidem obligantur
legibus loci in quo degunt.*

II.

*Attamen testaturi de rebus suis, in pri-
mis immobilibus alibi sitis, observare
debent leges loci rei sitae.*

III.

*Princeps in testamento imperfecto heres
institutus, ex illo testamento iure non
potest heres exsistere.*

IV.

*Praeceptum iudicis de non soluendo cur-
sum usurarum non sistit.*

V.

*Pecunia rite ac legitime deposita, perit
creditori.*

Sen-

*Sententia Iuris Hamburgensis et Lube-
censis, commodantem rem com-
modatam a tertio posfessore vindi-
care non posse, principiis iuris Ger-
manici maxime est consentanea.*

*Regula iuris Canonici, omne iuramen-
tum seruandum esse, quod salua ae-
terna salute seruari potest, non im-
merito inconsulta vocatur.*

E R R A T A.

p. 3. §. 3. in marg. *Auctores* add. *dicti*
p. 4. l. 21. *auctoritate* vel pro *auctoritate*,
vel,
p. 5. l. 32. *videntur*, dele,
— l. 36. *Quum* lege *Quin*
p. 7. l. 24. *tollere* — *tollere*,
— l. 30. *confimari* — *confirmari*
— l. 36. *necesfaria ne* - - *necesfariane*
p. 11. l. 25. *merito* pro *multo*
— l. 27. in fin. add.,
p. 15. l. 17. *post statuunt* add.,
p. 17. §. 1. lin. 14. *valerent* add. *vel non*
valerent,
p. 18. lin. ult. *primum* pro *primo*
p. 21. l. 10. *Romani* leg. *Romam*
— l. 18. *κλειδων* pro *κλειδων*
p. 24. l. 37. *enim*, — *enim*
p. 25. l. 38. *cccxxxii* — *cccxxii*
p. 26. l. 25. *derelectionem* - *derelictionem*

p. 27. l. 33. *potestantium* pro *protestan-
tium*
p. 29. l. 34. *Hebreorum* - - *Hebraeorum*
p. 30. l. 11. *parnosso*, — *parnosso*
p. 35. l. 31. *habent* — *habent*,
p. 40. l. 12. *facienda* pro *facienda*
p. 46. §. 111. l. 1. *magistratu* add.,
p. 50. l. 1. *testatoris* add.,
p. 57. l. 32. *agrum* pro *agrum*
p. 58. l. 2. *diuisionis* — *diuisionis*,
p. 62. l. 6. *Erb:* — *Erb-*
— l. 37. *publice* — *publice*,
p. 63. l. 14. *subiiciebat* — *subiiciebat*
p. 66. l. 18. §. 3. — §. 2.
— l. 21. §. 2. — §. 3.
p. 67. §. v. l. 8. *fit*, — *fit*
p. 70. l. 1. *anzuwenden*, — *anzuwenden*.
p. 71. l. 32. *alinm* — *alium*

Schele, Wolder,

Diss. inaug. de auctoritate iudicis in variis actibus privatis adhibenda

Traiectum ad Rhenum 1737

4 Diss. 412#Beibd.14

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10651879-8